Göttinger Juristische Schriften

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp,
Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)

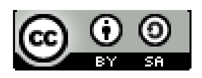
Das Wechselmodell – Reformbedarf im Kindschaftsrecht?

15. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2017



Universitätsverlag Göttingen

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp, Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)
Das Wechselmodell –
Reformbedarf im Kindschaftsrecht?



erschienen als Band 22 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
im Universitätsverlag Göttingen 2018

Dagmar Coester-Waltjen,
Volker Lipp,
Eva Schumann,
Barbara Veit (Hg.)

Das Wechselmodell – Reformbedarf im Kindschaftsrecht?

15. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2017

Göttinger Juristische Schriften,
Band 22



Universitätsverlag Göttingen
2018

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Kontakt
Prof. Dr. Eva Schumann
E-Mail: eschumann@jura.uni-goettingen.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (http://www.sub.uni-goettingen.de) erreichbar.

Satz und Layout: Markus Schmechel und Claudia Spangenberg

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-371-3
DOI: https://doi.org/10.17875/gup2018-1101
e-ISSN: 2512-6849

Danksagung

Für die finanzielle Unterstützung der Durchführung
des 15. Göttinger Workshops zum Familienrecht und
der Publikation des vorliegenden Tagungsbandes danken wir
dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Gefördert durch:



**aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages**

Vorwort

Der vorliegende Band vereinigt die Referate des 15. Göttinger Workshops zum Familienrecht,[1] der am 20. Oktober 2017 in Kooperation mit dem Verbundprojekt „Macht und Ohnmacht der Mutterschaft (MOM) – Die geschlechterdifferente Regulierung von Elternschaft im Recht, ihre Legitimation und Kritik aus gendertheoretischer Sicht“[2] durchgeführt und vom *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* (BMJV) großzügig gefördert wurde.

Insgesamt acht Beiträge beleuchten aus unterschiedlichen Perspektiven die derzeit kontrovers geführte Diskussion um das sog. Wechselmodell, das auch Gegenstand der familienrechtlichen Abteilung des 72. Deutschen Juristentags im September 2018[3] sowie einer vom BMJV im Frühjahr diesen Jahres eingesetzten Arbeitsgruppe zur Reform des Sorge- und Umgangsrechts ist. Dabei geht es nicht nur um das vom BGH eng definierte paritätische Wechselmodell, vielmehr werden auch andere Formen der geteilten Betreuung (insbesondere asymmetrische Betreuungsarrangements) einbezogen. Über das Kindschaftsrecht hinaus werden zudem auch Folgefragen im Unterhalts-, Sozial- und Steuerrecht diskutiert.

Eröffnet wird der Band mit einem rechtsvergleichenden Beitrag von *Kirsten Scheiwe* (Hildesheim), der sich intensiv mit den Vor- und Nachteilen der gesetzlichen Regelungen zum Wechselmodell und deren Umsetzung in Australien, Belgien und Schweden beschäftigt. Die in diesem Beitrag gewonnenen Erkenntnisse werden in weiten Teilen durch die sozialwissenschaftlichen Befunde von *Heinz Kindler* (München), der die Auswirkungen des Wechselmodells auf das Kindeswohl untersucht, bestätigt: Das Wechselmodell sei zwar auch in Deutschland als Alternative zum Residenzmodell gesetzlich abzubilden, als gesetzliches Leitbild sei es allerdings nicht zu empfehlen.

---

[1] Der Tagungsbericht von *Joachim Klein* ist in der FF 2018, 134 f. abgedruckt.

[2] Verbundvorhaben im Rahmen der Förderlinie des Niedersächsischen Ministeriums für Wissenschaft und Kultur „Geschlecht – Macht – Wissen. Genderforschung in Niedersachsen“ (https://www.uni-hildesheim.de/mom-projekt/).

[3] *Eva Schumann*, Gutachten B zum 72. Deutschen Juristentag, Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung – Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?, München 2018.

Die gerichtliche Praxis zum Wechselmodell beleuchtet *Heike Hennemann* (Berlin). Ihre Ausführungen zeigen, dass bei der Entscheidung für ein Wechselmodell im Einzelfall eine Vielzahl unterschiedlicher Kriterien, wie das Kindeswohl und der Kindeswille, aber auch elternbedingte und äußere Umstände (Kooperationsbereitschaft der Eltern, wirtschaftliche Situation, räumliche Nähe der Elternhäuser usw.), abzuwägen ist. Auch dies spricht gegen pauschale Lösungen im Sinne eines gesetzlich vorgegebenen Regelmodells. Im vierten Beitrag befasst sich *Simon Marchlewski* (Göttingen) auf der Grundlage seiner gerade erschienenen Dissertation[4] u.a. auch mit verfassungsrechtlichen Fragen des Wechselmodells. Die These, dass einer gerichtlichen Anordnung eines Wechselmodells gegen den Willen eines Elternteils verfassungsrechtliche Bedenken entgegenständen, wurde auf dem Workshop kritisch diskutiert. Breite Unterstützung fand jedoch die Forderung, die gesetzlichen Rahmenbedingungen so auszugestalten, dass konsensuale Lösungen der Eltern gefördert werden. Während sich *Marchlewski* für eine eher behutsame Weiterentwicklung des Kindschaftsrechts ausspricht, stellt *Stephan Hammer* (Berlin) Überlegungen zu einer grundlegenden Reform des Sorge- und Umgangsrechts an. In Anknüpfung an Vorschläge des Arbeitskreises 8 „Reformansätze im Sorge- und Umgangsrecht" des 22. Deutschen Familiengerichtstags 2017[5] fordert *Hammer* eine Neukonzeption der Regelungen zur Lösung von Elternkonflikten über die Ausübung der elterlichen Verantwortung (einschließlich der Betreuung und des Umgangs).

Volker Lipp (Göttingen) behandelt die Auswirkungen der geteilten Betreuung auf das Kindesunterhaltsrecht. Eine zentrale Forderung *Lipps* geht dahin, das geltende Recht konsequent auf die verschiedenen Betreuungsmodelle anzuwenden. Vor allem wird aber deutlich, dass das Wechselmodell nicht losgelöst von den finanziellen Folgen gesehen werden kann. Diese Erkenntnis wird auch durch den Beitrag von *Fritz Osthold* (Pinneberg) zum Wechselmodell im öffentlichen Recht bestätigt. Im Zentrum stehen hier das Sozial- und Steuerrecht (insbesondere SGB II, UVG, WoGG, EStG), es werden aber auch Fragen des Melde- und Schulrechts behandelt. Unter Herausarbeitung der gesetzlichen Defizite und Inkohärenzen werden überzeugende Reformvorschläge für die genannten Rechtsgebiete vorgelegt.

[4] *Simon M. Marchlewski*, Das Wechselmodell im Kindschaftsrecht. Abhandlung zu den familien- und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Tübingen 2018.

[5] Arbeitskreis 8 „Reformansätze im Sorge- und Umgangsrecht", in: Deutscher Familiengerichtstag e.V. (Hrsg.), 22. Deutscher Familiengerichtstag vom 28. Juni bis 1. Juli 2017 in Brühl, Ansprachen und Referate – Berichte und Ergebnisse der Arbeitskreise, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 20, Bielefeld 2017, 102-105.

Schließlich plädiert *Hildegund Sünderhauf* (Nürnberg) im letzten Beitrag des Tagungsbandes für die Einführung einer obligatorischen Mediation für Trennungseltern, wobei ihr als Vorbild die australische Kindschaftsrechtsreform aus dem Jahr 2006 dient.

Insgesamt behandeln die acht Beiträge alle wichtigen Rechtsfragen des Wechselmodells bzw. der geteilten Betreuung – und zwar auch aus rechtsvergleichender und interdisziplinärer Perspektive: Sie zeigen die Defizite der deutschen Gesetze sowie einzelne durch das Richterrecht entstandene Inkohärenzen auf und geben einen guten Überblick über die aktuell sehr kontrovers geführte Reformdiskussion. Darüber hinaus werden in mehreren Beiträgen konkrete Reformvorschläge vorlegt und ausführlich begründet. Dabei zeichnet sich als weitgehend übereinstimmende Forderung ab, dass Trennungseltern bei der Wahrnehmung ihrer gemeinsamen Verantwortung für das Kind und insbesondere bei der Wahl des Betreuungsmodells durch gesetzliche Regelungen nicht behindert werden dürfen. Stattdessen sollte der Gesetzgeber die Eltern bei der Ausübung des jeweils gewählten Betreuungsmodells durch eine entsprechende Ausgestaltung des Sorge-, Umgangs-, Unterhalts-, Sozial- und Steuerrechts unterstützen.

Für die Herausgeber

Eva Schumann Göttingen, im Juli 2018

Inhaltsverzeichnis

Der alternierende Aufenthalt des Kindes bei getrenntlebenden Eltern im Rechtsvergleich (Schweden, Australien und Belgien)

*Kirsten Scheiwe**

* Für ihre sehr effiziente Unterstützung bei der redaktionellen Bearbeitung des Textes bedanke ich mich bei meiner Mitarbeiterin Assessorin Wibke Frey.

I. Reformentwicklungen im Recht der elterlichen Sorge nach Trennung und Scheidung

Das Recht der elterlichen Sorge nach Trennung oder Scheidung hat sich in den letzten Jahrzehnten international stark verändert. In der ersten Reformwelle seit den 1980er Jahren fand ein Paradigmenwechsel statt weg von der Alleinsorge hin zur Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge – teilweise umbenannt in Elternverantwortung –, soweit dies dem Kindeswohl entspricht. Diese Rechtsposition der gemeinsamen elterlichen Sorge ging in der Praxis jedoch überwiegend nicht mit einer egalitär geteilten Alltagssorge für das Kind einher, sondern es blieb meist bei der Fortsetzung der überwiegenden Versorgung der Kinder durch Mütter und Umgang des Vaters. Ein Wechselmodell oder alternierender Aufenthalt des Kindes bei beiden Eltern war im Rahmen der elterlichen Autonomie durch Vereinbarung immer möglich und wurde durch einen kleinen Teil der getrenntlebenden Eltern auch praktiziert, vor allem wenn dies auch vorher schon das gelebte Modell war. In einer zweiten Reformwelle seit Ende der 1990er Jahre wurde in einigen Ländern[1] neben der vorher bereits bestehenden Möglichkeit der Aufenthalts-Koelternschaft durch Vereinbarung diese Möglichkeit auch gesetzlich geregelt. Einerseits ging es nach der Durchsetzung des Paradigmas der gemeinsamen Elternverantwortung getrenntlebender Eltern nun um die Regelung des Aufenthalts des Kindes bei beiden Eltern (Aufenthalts-Koelternschaft), andererseits um die Frage der rechtlichen Durchsetzbarkeit dieses bisher autonom und einverständlich vereinbarten Modells auch gegen den Willen eines Elternteils durch Gerichtsentscheidung. In mehreren Ländern endete die Debatte damit, dass auch weiterhin die übereinstimmende Vereinbarung der Eltern für die Aufenthalts-Koelternschaft erforderlich ist, während es in anderen Ländern durch Rechtsreformen ermöglicht wurde, die Aufenthalts-Koelternschaft – meist ein erweiterter Umgang von mindestens einem Drittel der Zeit des Aufenthalts bis hin zur hälftigen Aufteilung – auf Antrag eines Elternteils auch gegen den Willen des anderen gerichtlich anzuordnen. Die Reformdiskussionen wurden sehr kontrovers geführt und sind auch

[1] Für einen Überblick der internationalen Entwicklungen im Recht des *post-separation parenting* siehe *Patrick Parkinson*, The Payoffs and Pitfalls of Laws that Encourage Shared Parenting: Lessons from the Australian Experience, Dalhousie Law Journal (1) 2014, 301, 303-314; für Belgien und die Niederlande *Masha Antokolskaia*, Salomo's oordeel nieuwe stijl: verblijfsco-ouderschap in België en Nederland, Tijdschrift voor Privaatrecht (3) 2010, 1179; für Belgien, England und die Niederlande *Natalie Nikolina*, Divided Parents, Shared Children: Legal Aspects of (Residential) Co-Parenting in England, the Netherlands and Belgium (European Family Law), Cambridge 2015.

nach einigen Jahren der Erfahrungen und Evaluationen dieses Modells noch nicht abgeebbt.

In den hier untersuchten Ländern *Schweden, Australien* und *Belgien* wurden in den letzten Jahrzehnten gesetzliche Regelungen über den alternierenden Aufenthalt des Kindes getrenntlebender Eltern eingeführt, beginnend mit Schweden im Jahre 1998 und dann in Australien und Belgien im Jahr 2006. Die Entwicklungen, Evaluationen und Kritik sind auch für die deutsche Diskussion von Interesse. Zwar sind Vereinbarungen getrenntlebender Eltern über alternierenden Aufenthalt und Sorge für die Kinder in zahllosen Ländern möglich. Diese drei Länder wurden für einen Rechtsvergleich ausgewählt, weil sie die Aufenthalts-Koelternschaft gesetzlich geregelt haben und hier aufgrund der jahrelangen Praxis Erfahrungsberichte und Evaluationen vorliegen. Ein weiterer Grund für die Länderauswahl liegt in der manchmal etwas einseitig idealisierenden und unzutreffenden Darstellung der Entwicklungen in diesen Ländern in der deutschen Diskussion, die einen genaueren Blick auf die gesetzlichen Regelungen und die gerichtliche Praxis nahelegt.

Die gerichtliche Anordnung der Aufenthalts-Koelternschaft kann auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden, was in allen drei Ländern sehr strittig war (insbesondere bei schlechter Kommunikation zwischen den Eltern, fehlender Kooperationsbereitschaft und einem hohen Konfliktniveau der Eltern, bei sehr jungen Kindern sowie bei Gewalt in der Familie und Sicherheitsbedenken). Die Gerichte ordnen sie in der Praxis allerdings kaum gegen den Willen eines Elternteils an – aus Gründen des Kindeswohls und wegen der fehlenden Praktikabilität bei fehlendem Konsens.[2]

Zu berücksichtigen ist im Folgenden, dass in der internationalen Diskussion unter Aufenthalts-Koelternschaft und alternierendem Aufenthalt des Kindes – anders als beim Wechselmodell im engen Sinne in Deutschland – nicht nur die hälftige Aufteilung verstanden wird, sondern in der Regel eine Verteilung des Aufenthalts in Anteile ab einem Drittel der Zeit.

Dargestellt werden jeweils für Schweden, Australien und Belgien die Entwicklung der Rechtsgrundlagen über die Aufenthalts-Koelternschaft in Gesetz und Rechtsprechung (II.). Diskutiert werden für Schweden (1.), Australien (2.) und Belgien

[2] *Patrick Parkinson*, The Payoffs and Pitfalls of Laws that Encourage Shared Parenting: Lessons from the Australian Experience, Dalhousie Law Journal (1) 2014, 301, 329.

(3.) jeweils die Rechtsgrundlagen, d.h. gesetzliche Regelungen und Rechtsprechung (a), die Datenlage (b) sowie Diskussionen und Kritik (c), wobei Auswirkungen auf andere Rechtsbereiche (Kindesunterhalts-, Melde-, Steuer- und Sozialleistungsrecht) einbezogen werden. Der Beitrag endet mit einem vergleichenden Fazit (III.).

II. Vergleich der Aufenthalts-Koelternschaft

1. Schweden

a) Entwicklung der Rechtsgrundlagen über die Aufenthalts-Koelternschaft (Gesetzgebung und Rechtsprechung)

Bereits 1976 wurde in Schweden die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Ehescheidung gesetzlich eingeführt; 1982 wurde sie gesetzlich zur Regel, wenn sich kein Elternteil dagegen aussprach. In diesem Rahmen konnten Eltern auch einen wechselnden Aufenthalt des Kindes bei beiden Eltern vereinbaren.[3] Eine Grundannahme war, dass die gemeinsame elterliche Sorge den Kontakt des Vaters mit dem Kind erhöhen würde und dass dies dem Kindeswohl diene; empirische Forschung dazu gab es nicht.[4] Die Reform 1998 führte die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge auch gegen den Willen eines Elternteils durch Gerichtsentscheidung ein. Voraussetzung hierfür ist, dass diese Regelung dem Kindeswohl dient.[5] In diesem Rahmen ist es seit 1998 möglich, dass ein alternierender Aufenthalt vom Gericht auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet wird.[6]

---

[3] Die Zahl der getrenntlebenden Eltern, die 1992/1993 einen alternierenden Aufenthalt praktizierten, betrug rund 4%, vgl. *SCB (Statistics Sweden)*, Barn och deras familjer 1992-93 (Children and their families 1992-93), Stockholm 1995, S. 24, zitiert nach *Anna Singer*, Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating residence in Sweden for children with separated parents, Utrecht Law Review (2) 2008, 35, 39; *Mia Hakovirta/Minna Rantalaiho*, Family Policy and Shared Parenting in Nordic Countries, European Journal of Social Security (2) 2011, 247.

[4] *Anna Singer*, Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating residence in Sweden for children with separated parents, Utrecht Law Review (2) 2008, 35, 37.

[5] Schwedisches Elterngesetz, Kap. 6 § 5.

[6] Darüber gab es im Gesetzgebungsprozess keine ausführliche Diskussion und auch keine Erläuterungen in den vorbereitenden Gesetzesmaterialien – auch keine Hinweise darauf, unter welchen Voraussetzungen diese Möglichkeit in Erwägung gezogen werden sollte; vgl. *Anna Singer*, Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating residence in Sweden for children with separated parents, Utrecht Law Review (2) 2008, 35, 40.

Die gesetzliche Regelung[7] über den Aufenthalt des Kindes lautet seither, dass das Gericht im Fall der gemeinsamen elterlichen Sorge auf Antrag eines oder beider Elternteile entscheiden kann, bei welchem Elternteil (*einschließlich beider Elternteile abwechselnd*) das Kind leben soll, wobei das Kindeswohl entscheidend ist. Auf Antrag muss das Gericht die Möglichkeit des alternierenden Aufenthalts des Kindes in Erwägung ziehen, ist jedoch in der Einzelfallentscheidung frei; eine Begründungspflicht besteht – anders als in Belgien – nicht.

Das Gesetz enthält über die Verpflichtung auf das Kindeswohl hinaus keine näheren Bestimmungen oder Voraussetzungen und auch keine Definition des alternierenden Aufenthalts. In der Praxis hat sich eine Definition herausgebildet, die auf der Rechtsprechung beruht; demnach handelt es sich um einen alternierenden Aufenthalt, wenn das Kind sich über einen längeren Zeitraum andauernd mehr als 40% und weniger als 60% bei jedem Elternteil aufhält.[8]

Das Kindeswohl ist das entscheidende Abwägungskriterium für die gerichtliche Anordnung und die Ausgestaltung des Aufenthalts. In der Auslegung durch die Gerichte sind die wichtigsten Kriterien:[9]

- die Entfernung zwischen den elterlichen Wohnungen
- die Meinung des Kindes
- gute Kommunikation zwischen den Eltern
- das Alter des Kindes.[10]

---

[7] Elterngesetz, Kap. 6 § 14a (eigene Übersetzung):

Der Aufenthalt des Kindes

Wenn beide Eltern die elterliche Sorge für ein Kind haben, kann das Gericht auf Antrag eines oder beider von ihnen entscheiden bei welchem Elternteil (*einschließlich beider Eltern alternierend*) das Kind leben soll. Das Kindeswohl soll die entscheidende Erwägung sein. Die Eltern können auch eine Vereinbarung treffen, wo das Kind leben soll. Diese Vereinbarung ist rechtswirksam, wenn sie in Schriftform ist und vom Sozialen Wohlfahrtskomitee bestätigt wurde. Die Vereinbarung soll bestätigt werden, wenn sie dem Kindeswohl entspricht.

[8] Supreme Court decision, NJA 1998, S. 267 and Court of Appeal decision, RH 1993:64, zitiert nach *Anna Singer*, Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating residence in Sweden for children with separated parents, Utrecht Law Review (2) 2008, 35, 40.

[9] *Maarit Jänterä-Jareborg/Anna Singer/Caroline Sörgjerd*, Swedish Report concerning CEFL Questionnaire on Parental Responsibilities (http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Sweden-Parental-Responsibilities.pdf).

[10] Vgl. den Gesetzeskommentar zum Elterngesetz von *Gösta Walin* und *Staffan Vängby*, Föräldrabalken, En kommentar, Del I, 1-13 kap., Stockholm 2002, S. 6:59, zitiert nach *Maarit Jänterä-Jareborg/Anna Singer/Caroline Sörgjerd*, Swedish Report (Fn. 9), Q 43, S. 24.

Die Kooperationsfähigkeit der Eltern wird in der Rechtsprechung als wesentliche Anforderung an die Kindeswohldienlichkeit des alternierenden Aufenthalts betrachtet, damit das Kind nicht in die elterlichen Konflikte hineingezogen und Loyalitätskonflikten ausgesetzt wird.[11] Die Gerichte sind äußerst zurückhaltend mit der Anordnung des alternierenden Aufenthalts bei schlechter elterlicher Kommunikation und machen entsprechend nur selten von der Möglichkeit Gebrauch, den alternierenden Aufenthalt auf Antrag eines Elternteils aber gegen den Willen des anderen anzuordnen. Eltern können den alternierenden Aufenthalt auch durch eine Vereinbarung festlegen; wenn diese vom *Social Welfare Committee* bestätigt wird, welches die Vereinbarung auf die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl überprüft, ist sie rechtswirksam.[12]

Erste Evaluationen der 1998 in Kraft getretenen Regelung (siehe unten) bestätigten die kritischen Stimmen, wonach eine gegen den Willen eines Elternteils angeordnete Aufenthalts-Koelternschaft bei Kommunikationsstörungen zwischen den Eltern problematisch sei. Eine Gesetzesänderung von 2006, welche die gemeinsame elterliche Sorge betraf, wirkt sich jedoch auch auf die Gerichtsentscheidungen über Aufenthalts-Koelternschaft aus: Die gemeinsame Elternverantwortung soll gerichtlich nur angeordnet werden, wenn beide Eltern kooperationsfähig sind; sind sie dies nicht, soll das Gericht die Entscheidung für Alleinsorge eines Elternteils treffen – mit der Folge, dass dann auch keine Aufenthalts-Koelternschaft angeordnet werden kann, da diese die gemeinsame Elternverantwortung voraussetzt.[13] Die Gesetzesreform 2006 beließ es aber bei der Möglichkeit, bei gemeinsamer Elternverantwortung die Aufenthalts-Koelternschaft gegen den Willen eines Elternteils gerichtlich anzuordnen. Die Regierung betonte jedoch, dass diese Möglichkeit bei Kooperationsschwierigkeiten zwischen den Eltern nicht genutzt werden sollte.[14]

b) Datenlage

In Schweden wurden zwei größere empirische Untersuchungen wenige Jahre nach dem Inkrafttreten der Gesetzesreform von 1998 durchgeführt. Die im Jahr 2000 durchgeführte und 2004 veröffentlichte empirische Untersuchung *Växelvis boende*

[11] *Maarit Jänterä-Jareborg/Anna Singer/Caroline Sörgjerd*, Swedish Report (Fn. 9), S. 24.

[12] Elterngesetz, Kap. 6 § 14a.

[13] *Anna Singer*, Parenting issues after separation: a Scandinavian perspective, in: John Eekelaar/Rob George (Hrsg.), Routledge Handbook of Family Law and Policy, London 2014, 235, 238.

[14] Government Bill 2005/06:99, *Nya vårdnadsregler* (Neuregelung der elterlichen Sorge), S. 52 f.

(etwa ‚alternierender Aufenthalt') des Nationalen Schwedischen Gesundheits- und Wohlfahrtsausschusses (*Socialstyrelsen*) untersuchte die Wirkung der Aufenthalts-Koelternschaft, insbesondere wenn sie gegen den Willen eines Elternteils angeordnet wurde. Diese Studie ergab, dass Eltern, die selbst eine Aufenthalts-Koelternschaft gewünscht hatten, diese auch weiterhin positiv beurteilten, während Eltern, bei denen die Aufenthalts-Koelternschaft gegen den Willen eines Elternteils angeordnet worden war, weniger positive Erfahrungen schilderten. So hatte sich bei letztgenannten die Kommunikation durch die Praxis des alternierenden Aufenthalts nicht verbessert.[15] Die befragten Kinder nannten als positivstes Merkmal die Möglichkeit, mit beiden Eltern eine intensive Beziehung zu haben; einige äußerten aber auch, dass es Stress für sie bedeute, keinen eigenen festen Wohnsitz zu haben. Ein Teil der Kinder würde das Wohnarrangement am liebsten ändern.[16] Insgesamt kam diese Studie zu dem Ergebnis, dass die Aufenthalts-Koelternschaft als solche weder gut noch schlecht sei, sondern deren Erfolg von der Einstellung der Eltern abhängig sei. Der Bericht endet mit einer Bemerkung, dass es das Kind sei, das für den gleichen Aufenthalt bei beiden Elternteilen einen gewissen Preis bezahlen müsse.[17]

Eine 2002 von der Regierung beauftragte Untersuchungskommission veröffentlichte 2005 die Ergebnisse einer Evaluation der Gerichtspraxis der Aufenthalts-Koelternschaft. Untersucht wurden 249 Gerichtsentscheidungen aus dem ersten Halbjahr 2002. In 66 dieser streitigen Verfahren hatte ein Elternteil die Aufenthalts-Koelternschaft beantragt. Die Gerichte folgten diesem Antrag nur in rund einem Viertel der Fälle; im Ergebnis wurde insgesamt in 19 Fällen die Aufenthalts-Koelternschaft gegen den Willen eines Elternteils vom Gericht angeordnet.[18]

Ein hohes elterliches Konfliktniveau erwies sich auch nach diesem Bericht als Quelle ständiger Schwierigkeiten bei der Durchführung der Koelternschaft mit negativen Auswirkungen der elterlichen Kommunikationsunfähigkeit auf Kinder.[19]

---

[15] *The National Board of Health and Welfare* (*Socialstyrelsen*), Växelvis boende. Att bo hos pappa och mamma fast de inte bor tillsammans (Alternating residence. To live with dad and mum even when they are not living together), Stockholm 2004, S. 8.

[16] Ebd.

[17] *The National Board of Health and Welfare*, Växelvis boende (Fn. 15).

[18] Government Report SOU 2005:43, *Vårdnad – Boende – Umgänge. Barnets bästa, föräldrars ansvar* (Custody – Residence – Access. Best Interest of the Child, Parents' Responsibility) Part B, S. 757-761.

[19] *The National Board of Health and Welfare*, Växelvis boende (Fn. 15), S. 160.

Die Untersuchungskommission kam zu dem Ergebnis, dass weder die gemeinsame elterliche Sorge noch eine Aufenthalts-Koelternschaft angemessen wären in Fällen, in denen häusliche Gewalt oder erniedrigende Behandlung von Familienmitgliedern eine Rolle spielten.[20] Im Bericht wurde die Möglichkeit der Anordnung gegen den Willen eines Elternteils nicht grundsätzlich abgelehnt, aber eine restriktive Anwendung dieser Möglichkeit gefordert.[21] Zudem wurde festgestellt, dass die Aufenthalts-Koelternschaft in den erfolgreichen Fällen in erster Linie den Wünschen der Eltern geschuldet war, einen gleichen Anteil am Leben des Kindes zu haben, statt dem Wunsch das zu tun, was für das Kind wirklich das Beste sei.[22] Als Antwort auf diesen Untersuchungsbericht betonte die Schwedische Regierung, dass die Aufenthalts-Koelternschaft nicht für Eltern angeordnet werden solle, die schlecht miteinander kommunizieren, sah aber keinen Anlass die gesetzliche Möglichkeit der gerichtlichen Anordnung gegen den Willen eines Elternteils ganz abzuschaffen.

Nach neueren Schätzungen, die nicht nur gerichtliche Entscheidungen, sondern auch elterliche Vereinbarungen einbeziehen (diese bilden die Mehrzahl der Fälle), sollen bis zu 40% der Kinder getrenntlebender Eltern einen wechselnden Aufenthalt bei beiden Eltern haben.[23]

c) Diskussion und Kritik

Zur Perspektive der Kinder und den Kinderrechten hatte sich der schwedische Kinderbeauftragte bereits 2002 auf der Basis einer eigenen Untersuchung über Aufenthalts-Koelternschaft geäußert, der diese Gesetzesreform im Allgemeinen für gut hielt, aber Besorgnis ausdrückte, dass die Sichtweise der Kinder von den Interessen der Eltern überschattet werde, was nicht mit den Grundgedanken der UN-Kinderrechtskonvention vereinbar sei.[24] Die oben skizzierten Untersuchungen der

[20] Government Report SOU 2005:43, *Vårdnad – Boende – Umgänge. Barnets bästa, föräldrars ansvar* (Custody – Residence – Access. Best Interest of the Child, Parents' Responsibility) Part A, S. 161 f. (http://www.regeringen.se/rattsdokument/statens-offentliga-utredningar/2005/06/sou-200543/), zitiert nach *Anna Singer*, Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating residence in Sweden for children with separated parents, Utrecht Law Review (2) 2008, 35, 65.

[21] Ebd., S. 157-163.

[22] Ebd., S. 162 f.

[23] SOU Fortsatt föräldrar - om ansvar, ekonomi och samarbete för barnets skull, hela dokumentet, SOU 2011:51, Stockholm 2011, zitiert nach *Anna Singer*, Parenting issues (Fn. 13), 238.

[24] *Barnombudsmannen* (The Children's Ombudsman), *När tryggheten står på spel* (Wenn Sicherheit auf dem Spiel steht), BO2005:02, zitiert nach *Anna Singer*, Active Parenting or Solomon's Jus-

schwedischen Regierung und des Nationalen Schwedischen Gesundheits- und Wohlfahrtsausschusses haben ebenfalls ergeben, dass die Aufenthalts-Koelternschaft oftmals mit Belastungen für die Kinder einhergeht. Insofern begrüßenswert ist die Einschränkung auf Fälle, in denen Elterm willens und in der Lage sind, miteinander zu kooperieren, um die negativen Auswirkungen auf die Kinder möglichst gering zu halten.

Ein nur teilweise gelöstes Problem sind auch die Auswirkungen der Aufenthalts-Koelternschaft auf andere Rechtsbereiche wie das Kindesunterhalts-, Melde-, Steuer- und Sozialleistungsrecht. Nach dem schwedischen Kindesunterhaltsrecht haben beide Eltern zum Kindesunterhalt beizutragen, entsprechend dem Bedarf des Kindes und ihrer kollektiven Ressourcen.[25] Die Betreuung des Kindes wird als eigener Unterhaltsbeitrag nicht mehr ausdrücklich erwähnt; vielmehr wird die Beteiligung beider Eltern an der Sorge für das Kind für selbstverständlich gehalten. Partnerschaftliche Elternschaft und Erwerbstätigkeit beider Eltern sind in Schweden bereits seit den 1970er Jahren legislatorische Ziele, die durch umfangreiche Kinderbetreuungsangebote und Sozialleistungen für Familien unterstützt werden. Jeder Elternteil soll proportional entsprechend der Ressourcen zum Kindesunterhalt beitragen. Ein Elternteil, der mit dem Kind lebt, erfüllt die Unterhaltspflicht durch die alltägliche Versorgung des Kindes. Kindesunterhaltsvereinbarungen zwischen getrenntlebenden Eltern sind üblich; auch eine gerichtliche Festsetzung ist möglich, setzt jedoch voraus, dass ein Elternteil die Unterhaltspflicht vernachlässigt. Diese Option wird in der Praxis kaum genutzt, weil offenbar angenommen wird, dass ein Elternteil bei Aufenthalts-Koelternschaft automatisch ihre oder seine Unterhaltspflicht erfüllt.[26] Bei ungleicher Leistungsfähigkeit beider Eltern kann dies dazu führen, dass ein Kind weniger Unterhalt erhält als gesetzlich geschuldet.[27]

Auch das bestehende Sozialleistungsrecht kann bei alternierender Residenz zu Verwerfungen führen. Da kein Barunterhalt für das Kind zwischen den Eltern fließt, kann *Unterhaltsvorschuss* von beiden beantragt werden, aber es kann jeweils nur der halbe Unterhaltsvorschussbetrag geltend gemacht werden, wobei (anders

---

tice? Alternating residence in Sweden for children with separated parents, Utrecht Law Review (2) 2008, 35, 38.

[25] Elterngesetz, Kap. 7 § 1.

[26] *Anna Singer*, Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating residence in Sweden for children with separated parents, Utrecht Law Review (2) 2008, 35, 43.

[27] Vgl. *Anna Singer*, Time is Money? Child Support for Children with Alternating Residence in Sweden, in: Bea Verschraegen (Hrsg.), Family Finances, Wien 2009, 591, 598.

als wenn das Kind überwiegend bei einem Elternteil lebt) auch eigenes Einkommen des beantragenden Elternteils angerechnet wird. Das Kindergeld kann nach einer Reform nun bei Aufenthalts-Koelternschaft aufgrund eines einverständlichen Antrags beider Eltern an die Kindergeldkasse hälftig an beide ausgezahlt werden, was jedoch nur selten geschieht (ohne gemeinsamen Antrag auf je hälftige Auszahlung wird das Kindergeld automatisch an die Mutter ausgezahlt).

Das Melderecht wirft Probleme auf, da ein Kind nur an einem Ort seinen Wohnsitz haben kann (in der Regel dort, wo es die meisten Übernachtungen aufweist). Diese Regel wird von den Steuerbehörden auch bei Aufenthalts-Koelternschaft angewendet. Dies kann Folgeprobleme aufwerfen beim Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen (in der Regel nur dort, wo das Kind gemeldet ist), bei der Anmeldung zur Schule (nur in der Kommune, in der das Kind gemeldet ist) und beim Zugang zum kostenlosen Schülertransport.[28] Sozialleistungen wie Wohngeld oder Leistungen für einen Elternteil, der ein krankes oder behindertes Kind zu Hause betreut, werden weiterhin nur an den Elternteil gezahlt, bei dem das Kind gemeldet ist. Hier bestehen rechtlich ungelöste Probleme im Fall des alternierenden Aufenthalts.[29]

2. Australien

a) Entwicklung der Rechtsgrundlagen über die Aufenthalts-Koelternschaft (Gesetzgebung und Rechtsprechung)

Nachdem das Familienrecht in Australien 1995 reformiert worden war und der Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Verantwortung (*parental responsibility*) unabhängig von Ehe, Trennung oder Scheidung galt, wurde 2003 eine Parlamentarische Kommission eingesetzt, um die Frage der Einführung einer gesetzlichen Vermutung zu prüfen, wonach ein Kind gleich viel Zeit mit jedem Elternteil verbringen solle, bzw. unter welchen Umständen eine derartige Vermutung widerlegbar sein sollte. Das aus Vertreter_innen der Regierung und Opposition bestehende Komitee entschied sich gegen eine derartige gesetzliche Vermutung, sprach sich jedoch dafür aus, dass für die Mehrheit der Familien die gleich verteilte Elternverantwortung (*equal shared parental responsibility*) das Ziel sein und dass dies mit sub-

[28] Vgl. *Anna Singer*, Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating residence in Sweden for children with separated parents, Utrecht Law Review (2) 2008, 35, 44 f.

[29] Ebd., 45.

stantiellen Zeitanteilen beider Eltern einhergehen sollte.[30] In Fällen von verhärteten elterlichen Konflikten, familialer Gewalt, Suchtkrankheiten und Kindesmissbrauch sollte eine Vermutung *gegen* die gemeinsame Elternverantwortung gelten. Während die letztgenannte Empfehlung der Parlamentarischen Kommission nicht umgesetzt wurde, wurde mit dem Familienrechtsänderungsgesetz 2006[31] eine Regelung eingeführt, wonach die Möglichkeit einer ‚bedeutsamen Teilhabe' (*meaningful involvement*) beider Eltern am Leben des Kindes und entsprechender Zeitanteile (*gleicher oder substantieller Zeit*) vom Gericht überprüft werden soll, wenn diese Regelung praktisch umsetzbar sei und dem Kindeswohl diene.

Damit enthält das Familienrechtsgesetz 1975 seit 2006 Grundsätze über die Elternverantwortung,[32] welche die Bedeutung beider Eltern für das Kind betonen, soweit dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist und die Sicherheit des Kindes dadurch nicht beeinträchtigt wird. Es ist der Grundsatz zu beachten, dass Kinder ein Recht darauf haben, mit beiden Eltern (und anderen wichtigen Bezugspersonen) regelmäßig Zeit zu verbringen. Das Gesetz beinhaltet jedoch keine Vermutung für ein egalitäres Wechselmodell als Leitbild und keine Vorgaben über die Zeitverteilung des Aufenthalts bei den Eltern. Eltern sollen sich möglichst auf eine Vereinbarung einigen, und das Gericht kann diese Vereinbarung bestätigen.

Wenn keine Einigung zustande kommt, gibt das Gesetz Kriterien vor, die ein Gericht bei der Entscheidung durch *parenting order* im streitigen Verfahren über *equal time* berücksichtigen soll; es hat jedoch einen weiten Entscheidungsspielraum. Das Gericht hat zu erwägen, ob das Kind gleich viel Zeit (*equal time*) oder substantielle und wesentliche Zeit (*substantial and significant time*) mit jedem Elternteil verbringen soll.[33] Zu berücksichtigen ist dabei, ob dies dem Kindeswohl dient und ob es ver-

---

[30] Vgl. *Patrick Parkinson*, The Payoffs and Pitfalls of Laws that Encourage Shared Parenting: Lessons from the Australian Experience, Dalhousie Law Journal (1) 2014, 301, 318 f. m.w.N.

[31] Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006, in Kraft seit 1.8.2006.

[32] Sec. 60 B FLA.

[33] Sec. 65 DAA FLA: – *Court to consider child spending equal time or substantial and significant time with each parent in certain circumstances*

Equal time

(1) If a parenting order provides (or is to provide) that a child's parents are to have equal shared parental responsibility for the child, the court must:

(a) consider whether the child spending equal time with each of the parents would be in the best interests of the child; and

(b) consider whether the child spending equal time with each of the parents is reasonably practicable; and

nünftig praktizierbar ist (*reasonably practicable*). Ein Gerichtsbeschluss über gleiche gemeinsame Elternverantwortung (*eqal shared parental responsibility*) sagt noch nichts über die gleiche Zeitverteilung des Aufenthalts aus (dies wird häufig als *shared-time parenting* bezeichnet), sondern zieht die Verpflichtung des Gerichts nach sich zu erwägen, ob ein ‚*shared care arrangement*' angemessen wäre.[34]

Was bedeutet nun das gesetzliche Kriterium ‚vernünftig praktikabel'? Das Gericht ist gesetzlich verpflichtet, bei der Auslegung folgende Kriterien zu berücksichtigen:[35]

- die Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern
- die aktuellen und zukünftigen Möglichkeiten der Eltern eine Vereinbarung über gleiche oder substantielle Zeitanteile umzusetzen
- die Kommunikationsfähigkeit der Eltern und ihr Potential, Schwierigkeiten zu lösen, die aus einer derartigen Vereinbarung entstehen können

---

(c) if it is, consider making an order to provide (or including a provision in the order) for the child to spend equal time with each of the parents.

Substantial & significant time

(2) If: […]

(b) the court does not make an order (or include a provision in the order) for the child to spend equal time with each of the parents; and the court must:

(c) consider whether the child spending substantial and significant time with each of the parents would be in the best interests of the child; and

(d) consider whether the child spending substantial and significant time with each of the parents is reasonably practicable; and

(e) if it is, consider making an order to provide (or including a provision in the order) for the child to spend substantial and significant time with each of the parents.

[34] *Patrick Parkinson*, The Payoffs and Pitfalls of Laws that Encourage Shared Parenting: Lessons from the Australian Experience, Dalhousie Law Journal (1) 2014, 301, 321.

[35] Sec. 65 DAA (5) FLA:

Reasonable practicality

(5) In determining for the purposes of subsections (1) and (2) whether it is reasonably practicable for a child to spend equal time, or substantial and significant time, with each of the child's parents, the court must have regard to:

(a) how far apart the parents live from each other; and

(b) the parents' current and future capacity to implement an arrangement for the child spending equal time, or substantial and significant time, with each of the parents; and

(c) the parents' current and future capacity to communicate with each other and resolve difficulties that might arise in implementing an arrangement of that kind; and

(d) the impact that an arrangement of that kind would have on the child; and

(e) such other matters as the court considers relevant.

- die möglichen Auswirkungen dieser Vereinbarung auf das Kind und
- alle weiteren Aspekte, welche das Gericht für relevant hält.

Der gesamte Reformprozess des *Family Law Act* war von starken politischen Kontroversen und Kritik von Wissenschaftler_innen und Frauengruppen begleitet, wobei insbesondere die Besorgnis geäußert wurde, dass Gefährdungen und Risiken aufgrund familialer Gewalt und Kindesmisshandlungen unterschätzt und bei der Verteilung der elterlichen Verantwortung zu Lasten von Kindern und Frauen ungenügend berücksichtigt würden; diese Diskussion begleitete auch die Implementation des Gesetzes nach 2006. Durch eine Gesetzesreform im Jahr 2011 wurde der *Family Law Act* in Reaktion auf die Debatte geändert: Im Rahmen einer gerichtlichen Entscheidung soll die Vermutung, dass gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl diene, dann nicht gelten, wenn es vernünftige Gründe für die Annahme gibt, dass ein Elternteil (oder eine mit dem Elternteil lebende Person) einen Kindesmissbrauch oder familiale Gewalt begangen hat.[36]

Eine Besonderheit in Australien ist, dass – wie in vielen *common law* Ländern üblich – die streitige gerichtliche Regelung der Elternverantwortung nach Trennung oder Scheidung durch *parental order* viel seltener ist als eine privat oder unter Begleitung von Rechtsanwält_innen ausgehandelte Elternvereinbarung. Parkinson bezeichnet die Fälle, in denen über elterliche Verantwortung gestritten wird und die am Ende vom Gericht entschieden werden, als *‚utterly atypical'*.[37]

Die Reduzierung der Gerichtsentscheidungen zugunsten von Mediation war ein erklärtes Ziel der Reform von 2006, das u.a. durch Einführung einer Mediationspflicht durch den *Family Law Act* 2006 erreicht werden sollte. Eltern sind verpflichtet, eine Mediation in Anspruch zu nehmen, bevor ein Antrag auf eine gerichtliche Anordnung in Kindschaftssachen bei Trennung und Scheidung gestellt werden kann. Ausgenommen von der Mediationspflicht sind nur Fälle, in denen Misshandlung, Kindeswohlgefährdung und familiale Gewalt gegen das Kind oder einen Elternteil eine Rolle spielen und in denen deren Sicherheit gefährdet war, sowie Fälle, die aus einem anderen Grund ungeeignet für die Mediation sind.[38] Grundannahme hinter dem australischen System ist, dass streitende Eltern zumindest zu

[36] Sec. 61 DA FLA.

[37] *Patrick Parkinson*, The Payoffs and Pitfalls of Laws that Encourage Shared Parenting: Lessons from the Australian Experience, Dalhousie Law Journal (1) 2014, 301, 338.

[38] Sec 60I FLA.

Beginn der Auseinandersetzung nicht in erster Linie ein rechtliches, sondern ein Beziehungsproblem haben, auch wenn die Rechtspositionen von Beginn an ihre Situation beeinflussen. Deshalb wurden nach 2006 65 *Family Relationship Centres (FRCs*) aufgebaut, die von freien Trägern (NGOs) geleitet werden und professionelle Fachkräfte mit Ausbildung in Beratung und Mediation beschäftigen.

Die Gesamtzahl der Anträge auf gerichtliche Anordnungen in Familienverfahren, die Kinder betrafen, sank in den fünf Jahren nach der Gesetzesänderung von 2006 um knapp ein Drittel.[39] Die Nutzung von Beratungs- und Mediationsangeboten durch Eltern während und nach der Trennung stieg von 67% auf 73% an, während Rechtsanwält_innen einen entsprechenden Rückgang der Fallzahlen zu verzeichnen hatten.[40] Eltern verhandeln ihre Vereinbarungen und Konflikte also ganz überwiegend ‚im Schatten des Rechts' ohne Gerichte, aber möglicherweise mit Unterstützung von anwaltlicher Beratung und vor allem mit Unterstützung der *Family Relationship Centres.*

Da die meisten Eltern bei einer Trennung die Vereinbarungen aushandeln und nicht streitig vor Gericht prozessieren, sind in den Gerichtsverfahren deutlich mehr Eltern mit einem hohen Konfliktniveau vertreten. Eine Untersuchung des Family Court of Australia von 2007 bis 2012[41] erhob Daten über Anträge und Ausgang der Verfahren in Elternstreitigkeiten, die entweder mit einer gerichtlich dokumentierten Vereinbarung (*consent order*) oder durch gerichtliche Entscheidung nach streitigem Verfahren (*parental order*) endeten.[42] Der Anteil der Fälle, die mit ‚*equal time*' (definiert als Zeitanteile jedes Elternteils zwischen 45% und 55%) endeten, betrug zwischen 6% (2007-2008) und 10% (2009-2010) und sank anschließend ab auf 3% im Zeitraum 2011-2012. In den meisten Fällen war dagegen der überwiegende Aufenthalt bei der Mutter (in etwa 70% der Fälle) oder überwiegend beim Vater (22% bis 30% der Fälle) das Ergebnis des gerichtlichen Verfahrens.

---

[39] *Patrick Parkinson*, The Payoffs and Pitfalls of Laws that Encourage Shared Parenting: Lessons from the Australian Experience, Dalhousie Law Journal (1) 2014, 301, 326 m.w.N.

[40] *Rae Kaspiew/Matthew Gray/Ruth Weston/Lawrie Moloney/Kelly Hand/Lixia Qu/Family Law Evaluation Team*, Evaluation of the 2006 Family Law Reforms, 2009 (http://www.aifs.gov.au/institute/pubs/fle/evaluationreport.pdf).

[41] *Bruce Smyth/Richard Chisholm/Bryan Rodgers/Vu Son*, Legislating for shared-time parenting after parental separation: Insights from Australia?, Law and Contemporary problems: a quarterly, Durham 2014, S. 109, 134 f. m.w.N. Die Fallzahlen lagen jährlich zwischen 245 und 277.

[42] Ebd., S. 134 f.

Diese Ergebnisse legen den Schluss nahe, dass die Gerichte in strittigen und sehr konflikthaften Fällen nicht *shared-time parenting* anordnen, sondern den überwiegenden Aufenthalt bei einem Elternteil.[43] Bei Entscheidungen durch einen gerichtlich bestätigten Vergleich (*consent order*) ergab sich ein Anteil von 19% bis 20% mit dem Ergebnis eines *equal shared-time arrangements*. Dieser Anteil blieb über den Zeitverlauf von 5 Jahren weitgehend stabil. In den streitigen Verfahren endeten dagegen weniger als 10% der Urteile (2012 sogar nur 3%) mit einem *equal-time parenting order*. Dieser Rückgang gerichtlicher Anordnungen von *shared-time* bei hochkonflikthaften Elternpaaren wird in der wissenschaftlichen Diskussion positiv bewertet, da sich für diese Gruppe die Anordnung häufig zu Lasten der Kinder auswirke.[44]

b) Datenlage

Bei der Analyse quantitativer Daten zur Häufigkeit von *shared-time parenting-arrangements* muss berücksichtigt werden, dass auf unterschiedliche statistische Daten mit je verschiedener Datenbasis zurückgegriffen werden kann. Die Daten variieren, je nachdem ob Bezug genommen wird auf Gerichtsentscheidungen, alle Elternvereinbarungen oder administrative statistische Daten. Zu berücksichtigen ist dabei, dass als *shared-time parenting* Aufenthaltskonstellationen mit Zeitanteilen ab 30% definiert werden. Zu unterscheiden sind dabei zwei Formen, einerseits *equal-time parenting* mit etwa gleichen, hälftigen Zeitanteilen des Aufenthalts des Kindes bei jedem Elternteil sowie andererseits *substantial unequal shared-time parenting* mit Zeitanteilen von mindestens 30%. Die Daten lassen es in der Regel nicht zu, zwischen diesen beiden Formen von *shared-time parenting* zu differenzieren; in Australien haben Kaspiew et al. (2009)[45] damit jedoch begonnen. Der Anteil von Kindern in allen *shared-time arrangements* (ab 30% Zeitanteilen) ist in Australien demnach von 6% im Jahr 2002 auf 11% im Zeitraum 2011 bis 2012 gestiegen; seither blieb der Anteil weitgehend stabil.[46]

2008 traten Reformen des Kindesunterhaltsrecht in Kraft, die zum Ziel hatten, dass durch veränderte Berechnungsformeln ‚eine Nacht mehr oder weniger Aufenthalt' im Rahmen der geteilten Elternverantwortung geringere Anreize zum

[43] Vgl. ebd., S. 137 f.

[44] Ebd., S. 142 m.w.N.

[45] *Rae Kaspiew et al.*, Evaluation (Fn. 40), S. 119.

[46] *Bruce Smyth et al.*, Legislating for shared-time parenting (Fn. 41), S. 129 f.; Datengrundlage sind Statistiken der Australian Child Support Agency, bei der gut 90% aller getrenntlebenden Eltern registriert sind.

Streit zwischen Eltern gesetzt wurden. Es gab einige Debatten über die Möglichkeit von strategischem Verhalten der Eltern, die Zeitangaben zu manipulieren und sich an der Maximierung von Familienleistungen und der Reduzierung von Kindesunterhaltszahlungen auszurichten. Insgesamt haben Forschungen jedoch ergeben, dass die meisten Eltern nur sehr ungenau über die Details von Kindesunterhaltsrecht und die abgestuften Auswirkungen von *shared parental time* informiert waren oder auf der Basis von falschen Annahmen handelten.[47]

Die Studie von Kaspiew et al. zeigte zudem, dass die meisten Eltern innerhalb eines Jahres nach der Trennung selbst eine Vereinbarung auf ‚informellen Wegen' gefunden hatten und damit im Allgemeinen zufrieden waren;[48] zwei Drittel der getrenntlebenden Eltern berichteten über ‚freundliche' oder ‚kooperative' Beziehungen. Kaspiew et al. beobachteten insgesamt einen ‚moderaten Kulturwandel', wobei Eltern eher Beratungsangebote und Dienste für Familienbeziehungen nutzten als streitige Gerichtsverfahren.

c) Diskussion und Kritik

Wie erwähnt, begleiteten Kontroversen den Reformprozess von Beginn an. Der Gesetzgebungsprozess war stark von Lobbyingaktivitäten und auch von dem Einfluss von Väterrechtsgruppen geprägt.[49] Die kritischen Positionen von Frauengruppen und einigen Wissenschaftler_innen zur Möglichkeit der Anordnung von *shared-time parenting* gegen den Willen eines Elternteils betrafen zunächst vor allem Situationen und Gefährdungen durch familiale Gewalt und das Risiko, dass diese Gefährdungen vor allem von Kindern und Frauen unterschätzt und vernachlässigt würden.[50] Auch nach Inkrafttreten 2006 bis hin zur Reform 2011 war dies ein strittiges Thema.

---

[47] *Patrick Parkinson*, The Payoffs and Pitfalls of Laws that Encourage Shared Parenting: Lessons from the Australian Experience, Dalhousie Law Journal (1) 2014, 301, 319; *Bruce Smyth/Bryan Rodgers*, Strategic Bargaining over Child support and Parenting Time: A Critical Review of the Literature, Australian Journal of Family Law (25) 2011, 210; *Bruce Smyth/Bryan Rodgers/Vu Son/L. Allen/Maria Vnuk*, Separated Parents' Knowledge of how Changes in Parenting-time can Affect Child Support Payments and Family Tax Benefit Splitting in Australia: A pre-/post-reform Comparison, Australian Journal of Family Law (3) 2012, 181.

[48] *Rae Kaspiew et al.*, Evaluation (Fn. 40), S. 34, 90.

[49] *Helen Rhoades*, Yearning for law: fathers' groups and family law reform in Australia, in: Richard Collier/Sally Sheldon (Hrsg.), Fathers' Rights Activisim and Law Reform: A Comparative Perspective, Oxford und Portland 2006, S. 125.

[50] *Dale Bagshaw/Thea Brown/Sarah Wendt/Alan Campbell/Elspeth Mclnnes/Beth Tinning/Becky Batagol/Adiva Sifiis/Danielle Tyson/Joanne Baker/Paula Fernandez Arias*, Family Violence and Fami-

Hinsichtlich der stärkeren Verweisung von Sorgerechtsstreitigkeiten zwischen Eltern auf verpflichtende Mediation (mit den genannten Ausnahmen) wird die Frage aufgeworfen, ob durch Mediation bei asymmetrischen Paarbeziehungen nicht die schwächere Partei, in der Regel Mütter, benachteiligt werden, wenn sie nicht hinreichend über ihre Rechtsansprüche aufgeklärt sind. Im Fall einer Antragstellung beim Gericht muss ein Zertifikat einer Fachkraft für Familienkonfliktberatung (*family dispute resolution practitioner)* vorgelegt werden, dass der oder die Antragstellerin an der Konfliktberatung aus Gründen gehindert war, die vom anderen Elternteil zu vertreten waren (Nichterscheinen o.ä.), dass die Parteien erfolglos einen ernsthaften Versuch der Konfliktlösung unternommen haben oder dass die Fachkraft eine Konfliktberatung im konkreten Fall nicht für angemessen hielt. Das Gericht kann dann die im Zertifikat der Konfliktberaterin genannten Gründe bewerten, ggf. die Parteien erneut auf die Konfliktberatung und Mediation verweisen, ein Zwangsgeld gegen eine Partei verhängen oder in das gerichtliche Verfahren eintreten. In der wissenschaftlichen Literatur wurden Bedenken darüber geäußert, ob die Berater_innen in den *Family Relationship Centres* die nötigen Kompetenzen besitzen, um ‚ungeeignete Fälle‘ für die Mediation zu erkennen und entsprechend auszusortieren.

Die mögliche Vernachlässigung der Interessen und der Stimmen von Kindern ist ein weiteres wichtiges Diskussionsthema und auch Gegenstand empirischer Forschung in Australien.[51] Vor allem die Auswirkungen von elterlichem Streit bei einem hohen elterlichen Konfliktniveau und Kommunikationsunfähigkeit zwischen den Eltern werden kritisch beurteilt.

ly Law in Australia: The Experiences and Views of Children and Adults from Families who Separated Post-1995 and Post-2006 (Vol. 1), 2010 (https://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/Families/FamilyViolence/Documents/Family%20violence%20and%20family%20law%20in%20Australia%20volume%201.pdf); *Rae Kaspiew*, Violence in contested children's cases: an empirical exploration, Australian Journal of Family Law 19 (2005), 112; *Lawrie Moloney/Bruce Smyth/Ruth Weston/Nicholas Richardson/Lixia Qu/Matthew Gray*, Allegations of family violence and child abuse in family law children's proceedings. A pre-reform exploratory study, Research Report No 15, 2007 (https://aifs.gov.au/sites/default/files/publication-documents/aifsreport15.pdf).

[51] *Kristin Natalier/Belinda Fehlberg*, Children’s experiences of “home” and “homemaking” after parents separate: A new conceptual frame for listening and supporting adjustment, Australian Journal of Family Law 29 (2015), 111; *Monica Campo/Belinda Fehlberg/Christine Millward/Rachel Carson*, Shared parenting time in Australia: exploring children's views, Journal of Social Welfare and Family Law 34 (2012), 295; *Gry Mette Haugen*, Children’s Perspectives on Everyday Experiences of Shared Residence: Time, Emotions and Agency Dilemmas, Children & Society 24 (2010), 112.

Auch die Auswirkungen der Aufenthalts-Koelternschaft auf das Kindesunterhaltsrecht und Familienleistungen war ein Streitthema;[52] in der Diskussion wurden Befürchtungen über die weitere Verarmung der mütterlichen Haushalte geäußert. Das Kindesunterhaltsrecht ist in Australien überwiegend durch Bundesrecht geregelt.[53] Seit den 1980er Jahren wurde das Kindesunterhaltsrecht reformiert, um Kinderarmut und Armut Alleinerziehender sowie die Staatsausgaben zu verringern und um vor allem Väter mehr in die Pflicht zu nehmen, die vorher nur in relativ geringem Umfang zahlen mussten. Eine formelbasierte Berechnungsweise des Kindesunterhalts wurde eingeführt („Mathematisierung des Kindesunterhalts und der Unterhaltsberechnung"[54]) und die *Child Support Agency* eingerichtet mit der Aufgabe der Unterhaltsfestsetzung, Einziehung und rechtlichen Durchsetzung. Die 2008 in Kraft getretenen Reformen des Kindesunterhaltsrechts änderten Schwellenwerte (und Anreizstrukturen), da sich vor der Änderung die Kindesunterhaltspflicht bei 30% der Übernachtungen bei einem Elternteil und dann bei 40% der Übernachtungen des Kindes erheblich reduzierte. Seit der Reform 2008 sinkt die Kindesunterhaltspflicht bei *shared care* (definiert als mehr als ein Drittel der Übernachtungen bis hin zur hälftigen Teilung) nur in kleineren Schritten graduell ab, so dass die finanziellen Anreize für Eltern, über eine Übernachtung mehr oder weniger zu streiten, abgesenkt wurden.[55]

---

[52] *Belinda Fehlberg/Christine Millward/Monica Campo*, Post-separation parenting arrangements, child support and property settlement: exploring the connections, Australian Journal of Family Law 24 (2) (2010), 214.

[53] Child Support (Assessment) Act 1989; Child Support (Registration and Collection) Act 1988.

[54] Vgl. *Dieter Martiny*, Gleichheit und Verschiedenheit elterlicher Unterhaltsbeiträge, in: Kirsten Scheiwe/Maria Wersig (Hrsg.), Einer zahlt und eine betreut?, Kindesunterhaltsrecht im Wandel, Baden-Baden 2010, 83, 85; *ders.*, Current Developments in the National Laws of *Maintenance*, European Journal of Law Reform 14 (2012), 65; *Kay Cook/Hayley McKenzie/Tess Knight*, Child support research in Australia: A critical review. Journal of Family Studies 17 (2011), 110; *Belinda Fehlberg/Mavis Maclean*, Child support policy in Australia and the United Kingdom: Changing priorities but a similar tough deal for children?, International Journal of Law, Policy and the Family 23 (2009), 1. Zur Problematik der Unterhaltsberechnung im Wechselmodell in Deutschland vgl. *Kirsten Scheiwe*, Kindesunterhalt und Wechselmodell, FF 2013, 280.

[55] *Patrick Parkinson*, The Future of Child Support, University of Western Australia Law Review 33 (2) (2007), 179.

3. Belgien

a) Entwicklung der Rechtsgrundlagen über die Aufenthalts-Koelternschaft

Seit 1995 galt in Belgien der Grundsatz, dass die gemeinsame elterliche Sorge (*autorité coparentale*) in der Regel unabhängig von einer Trennung der Eltern fortbesteht. 2006 wurde in Belgien das Zivilgesetzbuch durch das ‚Gesetz zur Privilegierung des gleichmäßigen Aufenthalts des Kindes getrennter Eltern‘ geändert.[56] Kerninhalt der Reform war, dass das Gericht vorrangig die Möglichkeit eines ‚gleichmäßig verteilten Aufenthalts des Kindes‘ untersuchen soll, wenn die Eltern sich nicht auf eine Regelung einigen konnten und ein entsprechender Antrag von einem Elternteil gestellt wird.[57] Es handelt sich dabei nicht um eine gesetzliche Vermutung, dass ein Wechselmodell im Regelfall das Beste für das Kind sei, sondern um die Verpflichtung des Gerichtes auf Antrag eines oder beider Elternteile diese Möglichkeit vorrangig zu überprüfen, falls zwischen ihnen keine einverständliche Regelung getroffen wurde. Dabei kann das Gericht auch einen ungleich verteilten Aufenthalt festlegen.

[56] Gesetz vom 18. Juli 2006 ‚Loi tendant à privilégier l’hébergement égalitaire de l’enfant dont les parents sont séparés et réglementant l’exécution forcée en matière d’hébergement d’enfant‘/Wet tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind, in Kraft getreten am 14.9.2006.

Art. 374 § 1 des Belgischen Zivilgesetzbuchs Titel IX Elterliche Sorge (eigene Übersetzung) lautet:

(…) Bei fehlender Übereinstimmung untersucht das Gericht im Fall gemeinsamer elterlicher Sorge auf Antrag mindestens eines Elternteils vorrangig die Möglichkeit, den Aufenthalt des Kindes auf eine gleichmäßige Weise zwischen den Eltern festzulegen.

Falls das Gericht zu dem Urteil kommt, dass der gleichmäßig verteilte Aufenthalt nicht die passendste Lösung ist, kann es auch beschließen einen ungleich verteilten Aufenthalt festzulegen.

Das Gericht urteilt in jedem Fall durch ein besonders begründetes Urteil, das die konkreten Umstände des Falles und die Belange des Kindes und der Eltern berücksichtigt.

Im Gesetzgebungsprozess wurde realitätsnäher vorgeschlagen, statt des Begriffs ‚gleichmäßiger Aufenthalt‘ (*hébergement égalitaire/gelijkmatige huisvesting*) den Begriff ‚so gleich wie möglich‘ zu benutzen, aber nach Widerstand der Ministerin wurde dieser Änderungsvorschlag zurückgezogen, vgl. *Patrick Senaeve/Hilde Vanbockrijck*, De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang, Echtscheidingsjournaal 2006, 117, 135.

[57] Art. 374 § 1 des Belgischen Zivilgesetzbuchs.

Das Gericht hat gesetzlich nach den konkreten Umständen des Falles, den Belangen des Kindes und den Belangen beider Eltern zu entscheiden und das Ergebnis der Interessenabwägung besonders zu begründen. Nach überwiegender Rechtsprechung müssen hierfür beide Parteien alle relevanten Argumente für oder gegen eine Aufenthalts-Koelternschaft vortragen, auch wenn lediglich einer den entsprechenden Antrag gestellt hat und der andere Teil dagegen war.[58] Es handelt sich damit nicht, wie teilweise diskutiert, um eine verfahrensrechtliche Beweislastumkehr; vielmehr muss positiv dargelegt werden, dass der gleichmäßige Aufenthalt im Interesse des Kindes ist.[59]

Die Voraussetzungen für die Anordnung der Aufenthalts-Koelternschaft wurden im Gesetz nicht im Einzelnen geregelt, ergeben sich jedoch aus den vorbereitenden Materialien des Gesetzes[60] und der Rechtsprechung. Nach der bisherigen Rechtsprechung sind bei der Entscheidung über Aufenthalts-Koelternschaft insbesondere folgende Faktoren[61] zu berücksichtigen:

- Dialogfähigkeit und Kommunikation zwischen den Eltern
- die räumliche Entfernung zwischen den Eltern
- die Verfügbarkeit der Eltern, aber ohne Benachteiligung aufgrund einer Berufstätigkeit
- das Desinteresse eines Elternteils am Kind während des Zusammenlebens oder der Trennung
- das Alter des Kindes

---

[58] *Steven Bouwers*, Wijziging van de verblijfsregeling: criteria en (civielrechtelijke) sancties, in: Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten (Hrsg.), Verblijfsregeling, Antwerpen 2008, 145, 150. Nachweise zur Rechtsprechung bei *Laure Jacobs*, L'hébergement égalitaire: état des lieux, Les après-midis d'études du Cefap, Actualités en droit de la famille, Brüssel 2015, S. 95, 102 f. und bei *Nathalie Dandoy/Florence Reusens*, L'hébergement égalitaire (lorsque la promotion de la coparenté sur la plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale), Journal des tribunaux 2007, 179.

[59] Berufungsgericht Brüssel, Bruxelles (ch. jeun.), 25 November 2013, Revue trimestrielle de droit familial 2/2014.

[60] Doc. Parl. Chambre, 2004-2005, 1673/014, S. 17.

[61] *Ilse Martens*, Het verblijfsco-ouderschap als prioritair te onderzoeken overblijfregeling, in: Frederik Swennen/Patrick Senaeve/Gerd Verschelden (Hrsg.), Verblijfscoouderschap. Uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen, Antwerpen 2007, 3, 26; *Laure Jacobs*, L'hébergement égalitaire (Fn. 58), S. 100-102.

- der erklärte Wille des Kindes in einer Anhörung durch das Gericht (Kinder sind verpflichtend ab 12 Jahren anzuhören, jüngere Kinder können angehört werden)
- der Wille mit Geschwistern zusammen zu bleiben
- Verfügbarkeit von Wohnraum
- deutlich fehlende Erziehungskompetenzen eines Elternteils
- wesentliche Unterschiede in den Erziehungsvorstellungen oder dem Lebensstil der Eltern
- die sozio-ökonomischen Verhältnisse der Eltern
- gesundheitliche Probleme eines Elternteils, die ihn an der täglichen und effektiven Sorge für das Kind hindern.

Die Aufenthalts-Koelternschaft ist zum Ausgangspunkt der richterlichen Abwägung geworden und ist insofern prioritär. Das Gericht hat im Einzelfall einen weiten Ermessensspielraum und muss seine Entscheidung sowohl für als auch gegen die Aufenthalts-Koelternschaft in jedem Einzelfall besonders begründen.

Da die Aufenthalts-Koelternschaft auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden kann, gilt die Dialogfähigkeit der Eltern als ein wesentliches Kriterium in der überwiegenden Rechtsprechung; Kommunikationsstörungen sprechen gegen eine Anordnung der Aufenthalts-Koelternschaft.[62] Ein zweiter wesentlicher Faktor ist das Alter des Kindes: Bei Kindern unter drei Jahren wird die Aufenthalts-Koelternschaft von den Gerichten ganz überwiegend nicht angeordnet.[63]

Ein weiteres bedeutsames Kriterium ist der Wille des Kindes. Das Gericht muss Kinder ab 12 Jahren anhören; Kinder unter 12 Jahren werden auf Antrag des Kindes selbst, der Parteien, anderer Beteiligter oder aufgrund richterlicher Entschei-

---

[62] *Ilse Martens*, Het verblijfsco-ouderschap (Fn. 61), 26; *Christian Denoyelle*, Beoordelingscriteria voor een verblijfsregeling - een persoonlijke kijk vanuit de praktijk, in: Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (Hrsg.), Verblijfsregeling, Antwerpen 2008, 53, 60; *Hilde Vanbockrijck*, Twee jaar toepassing van het wet van 18 Juli 2006, in: Patrick Senaeve/Frederik Swennen/Gerd Verschelden (Hrsg.), Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen, Antwerpen 2009, 189.

[63] *Hilde Vanbockrijck*, Twee jaar toepassing (Fn. 62), 199.

dung angehört.[64] Nach der Untersuchung von Jacobs wurde die Anhörung der Kinder jedoch äußerst selten vom Gericht angeordnet.[65]

b) Datenlage

Zur Häufigkeit der Aufenthalts-Koelternschaft liegen unterschiedliche Angaben vor. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein ‚gleichmäßiger Aufenthalt' in den Untersuchungen bereits dann angenommen wird, wenn sich das Kind ein Drittel der Zeit bei einem Elternteil und zwei Drittel bei dem anderen aufhält. Ein Aufenthalt von 2 ⅓ Tagen in der Woche – etwa lediglich am Wochenende von Freitagabend bis Montag früh bei einem Elternteil – gilt also bereits als ‚gleichmäßig verteilt' und damit als Aufenthalts-Koelternschaft. Tatsächlich handelt es sich bei der Aufenthalts-Koelternschaft selten um eine hälftige Aufteilung des Aufenthalts bei beiden Eltern; das am häufigsten praktizierte Modell ist der Aufenthalt unter der Woche bei der Mutter und beim Vater am Wochenende.

Mehr als 10 Jahre nach dem Gesetz von 2006 liegen einige Untersuchungen sowie umfangreiche Daten vor, auch über die Perspektive der Kinder. Nach der 2011 veröffentlichten Studie *Scheiding in Vlaanderen* von 2011[66] lebten 27,7% der Kinder, deren Eltern nach 2006 geschieden wurden, in einer Aufenthalts-Koelternschaft.[67] Von den 896 befragten Kindern, die regelmäßig den Aufenthalt wechselten, wechselte gut die Hälfte viermal im Monat, aber ein Drittel noch häufiger (bis zu 13 mal im Monat oder noch öfter). Das sozio-ökonomische Profil der Eltern zeichnete sich dadurch aus, dass die Eltern der Kinder mit Aufenthalts-Koelternschaft im Allgemeinen über höhere Bildungsabschlüsse und hohe Einkommen verfügten.[68] 88% der Väter und 56,7% der Mütter arbeiteten Vollzeit.[69]

---

[64] Art. 1004/1 G.Wet (Gerichtsverfahrensgesetz).

[65] Vgl. die Darstellung der Rechtsprechung bei *Laure Jacobs*, L'hébergement égalitaire (Fn. 58), die 40 Entscheidungen aus den Jahren 2010 bis 2014 auswertet. Nach *Jacobs* (S. 99) war dies in weniger als 2,5% der Urteile der Fall.

[66] *Dimitri Mortelmans/Inge Pasteels/Piet Bracke/Koen Matthijs/Jan Van Bavel/Christine Van Peer*, Scheiding in Vlaanderen, Leuven 2011, S. 138.

[67] Ebd., S. 137.

[68] Ebd., S. 141.

[69] Ebd.; *Natalie Nikolina*, Divided Parents, Shared Children (Fn. 1), S. 175 f.

Die gelebte Realität der getrenntlebenden Eltern entspricht oftmals nicht den Normvorstellungen von tatsächlicher gemeinsamer Sorge und Versorgung, die mit der Koelternschaft verbunden werden. Nur etwa ein Drittel aller geschiedenen Eltern hat häufig Kontakt, spricht gemeinsam über das Aufziehen der Kinder oder trifft gemeinsam wichtige Entscheidungen hinsichtlich der Kinder,[70] ein Viertel der Eltern kommuniziert sogar nie miteinander über die Erziehung der Kinder.

Die Betreuungszeiten waren zwischen Müttern und Vätern jedoch nicht gleich verteilt. Frauen leisteten weiterhin wöchentlich acht Stunden mehr Hausarbeit, Kinderbetreuung und Versorgung als Männer. Hinsichtlich der sozio-ökonomischen Charakteristika der Eltern sind Mittelschicht-Eltern und höhere Einkommensgruppen überrepräsentiert, insbesondere aufgrund der höheren Kosten (Wohnung, Transport, alltäglicher Bedarf). Das Wohlbefinden der Kinder bei gleichmäßigem Aufenthalt bei beiden Eltern unterscheidet sich nach den Studien in Flandern nicht sehr deutlich von dem anderer Scheidungskinder. Für das Wohlbefinden spielt offenbar weniger die Aufenthaltsregelung eine Rolle, sondern mehr die gute Beziehung zu beiden Eltern, ein hohes Engagement der Eltern bei Erziehung und Betreuung sowie die Abwesenheit elterlicher Konflikte.[71] Schwierigkeiten bereiten den Kindern mit wechselndem Aufenthalt die ständigen Wechsel, das Fehlen eines ‚echten Zuhauses', die Diskontinuität in ihren Freundschaftsnetzwerken und Unterschiede der Erziehungsregeln zwischen beiden Haushalten, welche die positiven Auswirkungen der Aufenthalts-Koelternschaft zunichtemachen können.[72] Außerdem scheint es, dass sich bei einem hohen elterlichen Konfliktniveau die Aufenthalts-Koelternschaft negativer auf die Kinder auswirken kann als bei einem Hauptaufenthalt bei einem Elternteil, weil Kinder dadurch häufiger zwischen die Konfliktlinien geraten und als Spielball zwischen den Eltern benutzt

[70] *Sofie Vanassche/Koen Matthijs*, Verblijfsco-ouderschap en de relaties tussen ouders en stiefouders, Relaties en Nieuwe Gezinnen (4) 2013, 1; *Katrien Sodermans/Sofie Vanassche/Koen Matthijs*, Verblijfsregelingen en welbevinden van kinderen: Verschillen naar gezinskenmerken, Relaties en Nieuwe Gezinnen (11) 2013, 1, 9 f.

[71] *Katrien Sodermans/Sofie Vanassche/Koen Matthijs*, Verblijfsregelingen en welbevinden van kinderen: Verschillen naar gezinskenmerken, Relaties en Nieuwe Gezinnen (11) 2013; *Katrien Sodermans/Koen Matthijs*, Joint Physical Custody and Adolescents' Subjective Well-being: A Personality × Environment Interaction, Journal of Family Psychology (3) 2014, 346.

[72] *Nele Havermans/Katrien Sodermans/Koen Matthijs*, Residential arrangements and children's school engagement: The role of the parent-child relationship and selection mechanisms, Youth & Society 2017, 1104.

werden.[73] Der Aufenthaltswechsel erhöht unweigerlich die Komplexität, und insbesondere ältere Kinder in der Adoleszenz sagten in Flandern zu 40%, dass sie das ständige Wechseln nicht angenehm finden; ein Viertel der Kinder würde am liebsten an einem Ort wohnen, und die Eltern sollten hin und her wechseln.[74]

Mit Blick auf das Wohlbefinden der Eltern zeigen diese Studien, dass Mütter durch die Koelternschaft mehr Zeit haben auch für Karriere, Freizeit und neue Partnerschaft bzw. -suche. Im Arbeitsleben haben sich bereits Koelternschafts-Vereinbarungen etabliert, die geschiedenen Elternteilen in Abhängigkeit von der Anwesenheit der Kinder unterschiedliche Verteilungen der Arbeitsstunden im Wochenwechsel ermöglichen. Sobald sich ein Elternteil neu verpartnert, folgen jedoch häufig wieder traditionellere Rollenmuster. Geschlechtergleichheit ist auch bei Aufenthalts-Koelternschaft de facto noch nicht erreicht.

Daten über den Ausgang von Gerichtsverfahren liegen nur begrenzt und in selektiver Auswahl vor und können daher nicht verallgemeinert werden. Nach einer Untersuchung von 2015, der 40 Entscheidungen in streitigen Verfahren mit Antrag eines Elternteils auf gleichmäßigen Aufenthalt zu Grunde lagen, stieg der Anteil der Gerichtsentscheidungen im Scheidungsverfahren mit dem Ergebnis des egalitären Aufenthalts (*hébergement égalitaire*) im Laufe der Jahre von 33% (im Jahr 2006) auf 37% (2011) und 47% (2014).[75] Viele dieser Entscheidungen endeten nicht mit einer paritätischen, sondern mit einer annähernd ‚gleichen' Verteilung des Aufenthalts (etwa von fünf zu zwei oder von neun zu fünf Tagen). Aufgrund der sehr begrenzten Anzahl der Entscheidungen sind die Angaben jedoch nicht repräsentativ.

---

[73] *Katrien Sodermans/Sofie Vanassche/Koen Matthijs*, Verblijfsregelingen en welbevinden van kinderen: Verschillen naar gezinskenmerken, Relaties en Nieuwe Gezinnen (11) 2013.

[74] *Sofie Vanassche/Katrien Sodermans/Koen Matthijs/Gray Swicegood*, Commuting between two parental households: the association between joint physical custody and adolescent well-being following divorce, Journal of Family Studies (2) 2013, 139.

[75] *Eric Messens*, Étude statistique de décisions judiciaires en matière d'hébergement, Mental'idées 2015, 87.

Einmal getroffene gerichtliche Entscheidungen werden in der Praxis oft später von den Eltern abgeändert, wenn es Veränderungen oder Probleme gibt, ohne deshalb erneut das Gericht anzurufen. Von einigen wird das Gesetz als ‚Symbolgesetzgebung' und als ‚mehr symbolischer denn tatsächlicher Wandel' bezeichnet.[76]

Es gibt jedoch eindeutig eine Tendenz, dass sich die Gerichte seit 2006 häufiger für die Aufenthalts-Koelternschaft entscheiden und insbesondere, dass sie diese vorrangig prüfen. Auch wird die Entscheidung pro oder contra vom Gericht begründet – dies war eines der Ziele des Gesetzes –, wenn auch oft lediglich in Standardformeln.

c) Diskussion und Kritik

Trotz der (auch in Belgien vielfach bestehenden) falschen Vorstellung, dass im Wechselmodell keine Unterhaltszahlungen mehr geleistet werden müssten, gilt auch hier der Grundsatz, dass sich die Höhe des Kindesunterhalts nach der Leistungsfähigkeit der Eltern richtet. Daher kann bei ungleichen Einkommensverhältnissen der Eltern eine Kindesunterhaltspflicht des Elternteils mit dem höheren Einkommen bestehen, der Kindesunterhalt zu Händen des anderen Elternteils zahlen muss, um dem Kind auch beim wirtschaftlich schwächeren Elternteil einen angemessenen Lebensstandard zu ermöglichen. Die Eltern müssen den Bedarf des Kindes im Verhältnis zu ihren Mitteln decken,[77] dies umfasst gewöhnliche und außergewöhnliche Kosten. Jeder Elternteil hat zu den Unterhaltskosten im Verhältnis zu seinen oder ihren Mitteln beizutragen. Welche Einkommensquellen und wirtschaftlichen Vorteile angerechnet werden können, wurde durch Gesetz 2010 genauer formuliert.[78] Das Gericht hat bei der Festsetzung des Unterhalts in diesem Rahmen ein weites Ermessen; es werden weder Tabellen noch Formeln verwendet.

---

[76] Nachweise bei *Masha Antokolskaia*, Salomo's oordeel nieuwe stijl: verblijfsco-ouderschap in België en Nederland, Tijdschrift voor Privaatrecht (3) 2010, 1179, 1205.

[77] Art. 203 § 1, 203 bis § 1 Belgisches Zivilgesetzbuch.

[78] Gesetz vom 19. März 2010 zur Förderung einer objektiven Berechnung der elterlichen Unterhaltsbeiträge für ihre Kinder, Belgisch Staatsblad (21. April 2010), in Kraft ab 1.8.2010. Die Regelungen finden sich in Art. 203 und Art. 203 bis Belgisches Zivilgesetzbuch sowie in Art. 1321-1322 Gerichtsverfahrensgesetz (Ger.W.). Vgl. dazu *Gerd Verschelden/Elisa Callebaut*, De wet von 19 maart 2010 ter bevordering van een objectieve berekening van kinderalimentatie, Tijdschrift voor Familierecht (8) 2010, 161, 166.

Das Gericht kann seit der Reform des Kindesunterhaltsrechts 2010 auch anordnen, dass bei Getrenntleben der Eltern ein ‚Kinderkonto' einzurichten ist und jeder Elternteil dort den geschuldeten Unterhaltsbeitrag oder einen Teilbetrag einzahlt, um aus diesem Konto den Bedarf des Kindes zu decken. Falls die Eltern sich nicht auf eine Vereinbarung einigen, kann das Gericht in dem Beschluss neben der Höhe der Unterhaltszahlungen jedes Elternteils festlegen, wie das Kinderkonto verwaltet und genutzt werden soll.[79] Dieses ‚Kinderkonto' ist auch für getrenntlebende Eltern mit Aufenthalts-Koelternschaft gedacht, auf das beispielsweise das Kindergeld zur gemeinsamen Verwendung eingezahlt werden kann. Seit 2015 besteht auch die Möglichkeit, neben dem Kindergeld ein einkommensabhängiges ‚kindbezogenes Budget' zu erhalten, das jedoch nur an einen Elternteil ausgezahlt wird (typischerweise an den Elternteil mit dem niedrigeren Einkommen).

Ungelöst sind in Belgien zahlreiche Probleme bei der Aufteilung von Sozialleistungen und der steuerlichen Berücksichtigung von Kindern.[80] Auch bei Aufenthalts-Koelternschaft kann das Kind in Belgien nur mit einem Wohnsitz im Bevölkerungsregister eingetragen werden. Das wirft Folgeprobleme auf, z.B. hinsichtlich des Sozialleistungs- und Steuerrechts oder hinsichtlich des Anspruchs auf die Größe einer Sozialwohnung, wenn das Kind bei dem berechtigten Elternteil nicht gemeldet ist. Kinder und die Staffelung nach der Kinderzahl spielen bei der Höhe der Steuern eine Rolle sowie bei zahlreichen Sozialleistungen hinsichtlich der Anspruchsberechtigung und Höhe der Leistung,[81] etwa beim Kinderzuschlag (dem belgischen Kindergeld), der Höhe des Arbeitslosengeldes und der Sozialhilfe, aber auch für Ermäßigungen im öffentlichen Transport und für den Zugang zu Sozialwohnungen und deren Größe.

Als das Gesetz 2006 verabschiedet wurde, lagen in Belgien noch keine validen empirischen Erkenntnisse über die Auswirkungen des alternierenden Aufenthalts auf Kinder vor, was von mehreren Verfasser_innen kritisch angemerkt wurde: Es

---

[79] Art. 203 § 4 Belgisches Zivilgesetzbuch.

[80] *François-Xavier Delogne*, Incidence de la domiciliation de l'enfant en hébergement égalitaire, Revue Trimestrielle de Droit Familial (3) 2009 (aktualisierte Fassung von 2015, http://fr.wery-legal.be/publications/2015/11/5/v7qjpsu8lvy7e6la52xwkgy18i1g8q).

[81] Zur Berücksichtigung von Kindern im belgischen Sozialleistungsrecht rechtsvergleichend *Kirsten Scheiwe*, Kinderkosten und Sorgearbeit im Recht. Eine rechtsvergleichende Studie, Frankfurt a.M. 1999, S. 147 ff.; *dies*., Labour Market, Welfare State and Family Institutions: The Links to Mothers' Poverty Risks. A Comparison between Belgium, Germany and the United Kingdom, Journal of European Social Policy (4) 1994, 201.

bestehe die Gefahr, dass die Perspektive und Stimme der Kinder und Jugendlichen zu wenig berücksichtigt würden. Tatsächlich hören die Gerichte nach mehreren Untersuchungen Kinder unter 12 Jahren nur sehr selten an[82] (ab 12 Jahren ist die Anhörung obligatorisch). Auch von der Möglichkeit der Mediation, auf welche die Gerichte Eltern im Scheidungsverfahren hinweisen sollen, wird nur selten Gebrauch gemacht.

Die Zahl der Aufenthalts-Koelternschaft hat in Belgien seit 2006 eindeutig zugenommen; die Angaben liegen zwischen 27% und einem Drittel der Kinder getrenntlebender Eltern. Die Aufenthalts-Koelternschaft ist das vom Gericht vorrangig zu untersuchende Modell geworden, wenn sich die Eltern nicht auf eine Vereinbarung einigen konnten. Weil das Gericht in der Entscheidung unter Berücksichtigung des Kindeswohls und der Elterninteressen im Einzelfall frei ist, wurde das Wechselmodell in Belgien also nicht zum Regelfall, wie es in Publikationen zum Teil dargestellt wird.[83]

Unter ‚gleichmäßigem Aufenthalt' werden in Belgien – wie dargestellt – auch Vereinbarungen verstanden, die ein erweiterter Umgang und kein egalitäres Wechselmodell sind, wie etwa zwei Drittel zu einem Drittel der Aufenthaltstage und die häufigen ‚9 zu 5' oder ‚4,5 zu 2,5'- Regelungen, bei denen die Kinder meist für ein verlängertes Wochenende oder 14-tägig ab Mittwochnachmittags beim anderen Elternteil sind. Dabei halten sich die Kinder häufiger werktags bei der Mutter und an den verlängerten Wochenenden beim Vater auf. Damit sind unterschiedliche Vereinbarkeitsprobleme für Mütter und Väter verbunden, wobei aber auch auf die Infrastrukturen und Schulzeiten hinzuweisen ist: Belgische Schulen haben Ganztagsunterricht (außer mittwochs), und das Vorschulwesen in Belgien ist seit Ende des 19. Jahrhunderts ein Vorreiter in Europa.[84] Die Vorschule ist ebenfalls ganztags; Teilzeitarbeit von Müttern ist sehr viel seltener als bei uns. Hinzu kommt, dass die Distanzen in Belgien und auch die Mobilität geringer sind, was für

---

[82] *Laure Jacobs*, L'hébergement égalitaire (Fn. 58), S. 108.

[83] Vgl. z.B. *Hildegund Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Wiesbaden 2013, wonach Belgien das Wechselmodell als „vorrangige Betreuungsform etabliert" habe. Es ist nicht zutreffend, dass in Belgien „die abwechselnde Betreuung von Kindern bis 12 Jahren statistisch gesehen der überwiegende ‚Normalfall'" sei (so aber ebd., S. 880).

[84] *Harry Willekens*, How and why Belgium became a preschool pioneer, in: Kirsten Scheiwe/Harry Willekens (Hrsg.), Childcare and preschool development in Europe – Institutional perspectives, New York 2009, 43.

Koelternschaft ein wichtiger Faktor ist. Dennoch können Entfernungen für Kinder ein Problem sein.

Kritische Stimmen in Belgien beziehen sich darauf, dass die Gesetzgebung eher symbolischen Charakter hatte[85] und – ohne ausreichende vorherige Wissensgrundlagen und wissenschaftliche Untersuchungen – ein Beispiel für den Einfluss von Lobbygruppen (vor allem von Vätervereinigungen) auf die Parlamentstätigkeit sei.[86]

III. Fazit

Die Aufenthalts-Koelternschaft wurde in Schweden 1998 und in Australien sowie in Belgien 2006 gesetzlich geregelt. Die Begriffe variieren; bei fehlender gesetzlicher Definition hat sich ein Verständnis in der Rechtsprechung (und auch in der empirischen Forschung und bei statistischen Erhebungen) durchgesetzt, wonach darunter ein Aufenthalt des Kindes ab mindestens 30% bis hin zur Hälfte der Zeit bei einem Elternteil verstanden wird. Die Aufenthalts-Koelternschaft wurde als eine Möglichkeit der Gestaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge von getrenntlebenden Elternteilen im Gesetz aufgenommen, wobei gemeinsame Elternverantwortung (elterliche Sorge) Voraussetzung ist. Es handelt sich in keinem der drei untersuchten Länder um den Regelfall.

Wurde die Aufenthalts-Koelternschaft damit zum familienrechtlichen Leitbild für getrenntlebende Eltern? Das Leitbild ist die gemeinsame Elternverantwortung (elterliche Sorge), wenn sie dem Kindeswohl entspricht; die Regelung des Aufenthalts bleibt vorrangig der Elternautonomie überlassen. Im Streitfall ist auf Antrag eines Elternteils die Aufenthalts-Koelternschaft vom Gericht vorrangig zu prüfen; hier ist die gerichtliche Erwägung und Prüfung des mehr oder weniger gleichverteilten Aufenthalts des Kindes im Gesetz zentral geworden. Es wäre schon paradox, neben dem Leitbild der einvernehmlichen Gestaltung der Elternverantwortung, das keine Möglichkeit der rechtlichen Erzwingung von egalitären Beiträgen der Alltagssorge vorsieht, nun für den Streitfall nach Trennung oder Scheidung ein Leitbild der annähernd gleichen Aufenthalts-Koelternschaft im Gesetz festzulegen, das mit den Mitteln des Rechts auch gegen den Willen des Elternteils durchgesetzt

[85] Nachweise bei *Masha Antokolskaia*, Salomo's oordeel nieuwe stijl: verblijfsco-ouderschap in België en Nederland, Tijdschrift voor Privaatrecht (3) 2010, 1179, 1205.

[86] *Ilse Martens*, Het verblijfsco-ouderschap (Fn. 61), S. 3.

werden kann. Es handelt sich bei der vorrangigen Prüfung dieser Möglichkeit auch nicht um eine Beweislastumkehr; die Gerichte sind in der Entscheidung im Einzelfall frei und haben dabei vor allem das Kindeswohl zu berücksichtigen.

Die gemeinsame elterliche Sorge ist in allen drei Ländern Voraussetzung. In Belgien hat das Gericht vorrangig die Möglichkeit einen gleichmäßig verteilten Aufenthalt des Kindes bei beiden Eltern zu untersuchen, ist in der Entscheidung jedoch frei. Das Gericht hat jedoch eine Begründungspflicht und muss im Fall des Antrags eines Elternteils auf gleichmäßig verteilte Zeit die entscheidungserheblichen Gründe (Umstände des Falles, Belange des Kindes und beider Eltern) in der Entscheidungsbegründung darlegen. In Australien entscheiden Gerichte (mit wenigen Ausnahmen) erst nach einer verpflichtenden Beratung der Eltern und dem Scheitern einer freiwilligen elterlichen Vereinbarung im streitigen Verfahren über elterliche Sorge- und Umgangsstreitigkeiten. Ausgangspunkt ist das Recht des Kindes auf eine bedeutsame Teilhabe beider Eltern an seinem Leben, im maximalen Umfang, der mit dem Kindeswohl vereinbar ist.[87] Dabei hat das Gericht zu erwägen, ob es dem Kindeswohl entspricht, dass das Kind gleich viel Zeit (*equal time*) oder zumindest substantielle und bedeutsame Zeit (*substantial and significant time*) mit jedem Elternteil verbringt, und ob dies vernünftigerweise praktizierbar ist.[88]

Das wichtigste Kriterium ist das Kindeswohl; aber auch das Gleichheitsprinzip wird hinsichtlich der Eltern angerufen. Wenn daraus pauschal die Annahme abgeleitet wird, dass es dem Kindeswohl dient, wenn das Kind gleichviel oder wesentliche Zeit mit einem Elternteil verbringt, so werden in diesem Paradigma zwei Rechtsprinzipien in eins gesetzt, die jedoch in einem Spannungsverhältnis stehen können: Kindeswohl und elterliche Gleichheit. Denn der alternierende Aufenthalt kann sich für Kinder positiv auswirken, weil sie mit beiden Eltern Alltag erleben, er ist aber auch mit Belastungen verbunden, die von Kindern und Jugendlichen ganz unterschiedlich erlebt werden. Bei Kommunikationsunfähigkeit und einem hohen Konfliktniveau der Eltern wird die Aufenthalts-Koelternschaft von den Kindern häufig als negativ erlebt.

Insgesamt ist eine sorgfältige Abwägung und Analyse im Einzelfall erforderlich statt einer paradigmatischen Gleichsetzung von Kindeswohl und elterlicher Gleichheit. Dazu gehört die angemessene Beteiligung und Anhörung von Kindern,

[87] Sec. 60b) (1)a) FLA.

[88] Sec. 65 DAA FLA.

nicht nur im gerichtlichen Verfahren, sondern auch durch die Eltern unter sich verändernden Lebensbedingungen. Das erfordert Flexibilität und die Bereitschaft, einmal getroffene Regelungen veränderten Bedürfnissen und Interessen des Kindes anzupassen. Auch die eigenen Interessen der Eltern, die oft als Kindeswohl verbrämt werden, sollten ihren Platz haben und explizit thematisiert werden, denn berechtigte Interessen jedes Elternteils sind mit den Interessen der Kinder abzuwägen. Das Kindeswohl ist oberste Leitschnur und das leitende Rechtsprinzip, aber nicht das einzige Kriterium, das bei der Einzelfallentscheidung in die Abwägung einzubeziehen ist. Kindesinteressen und Elterninteressen können auch bei Zusammenleben kollidieren (etwa wenn die ganze Familie umziehen soll wegen eines Arbeitsplatzwechsels eines Elternteils, und die Kinder wollen eigentlich nicht weg). Bei getrenntlebenden Elternteilen und ihren Kindern können die Interessen noch mehr divergieren; berechtigte Elterninteressen und Kindesinteresse sollten explizit gemacht und abgewogen werden und sollten nicht pauschal unter Berufung auf den Gleichheitsgrundsatz als kindeswohldienlich legitimiert werden.

Weitere Kriterien neben dem Kindeswohl wurden im Gesetz nur in Australien genannt, wonach die Aufenthalts-Koelternschaft daraufhin zu überprüfen ist, ob sie *reasonably practical* ist. In Belgien und Schweden wurden weitere Kriterien dagegen von der Rechtsprechung entwickelt. Sie sind jedoch in allen drei Ländern sehr ähnlich. Bei der Auslegung spielen insbesondere eine Rolle:

- Dialog-, Kommunikations- und Konfliktlösungsfähigkeiten der Eltern
- die Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern
- die Umsetzungsmöglichkeiten der Eltern (Verfügbarkeit, Arbeitszeiten, Wohnmöglichkeiten etc.)
- der erklärte Wille und die Meinung des Kindes
- das Alter des Kindes.

Die Kommunikations(un)fähigkeit der Eltern und ihr fehlender Wille zur Kooperation in hochstrittigen Fällen spielen eine wichtige Rolle in den Gerichtsentscheidungen. Nur in Australien wurde dies ausdrücklich im Gesetz geregelt[89] als ein Aspekt, den das Gericht bei der Abwägung darüber, ob eine Aufenthalts-Koelternschaft vernünftigerweise praktizierbar ist, zu berücksichtigen hat. In Schweden steht das Erfordernis einer guten Kommunikation zwischen den Eltern nicht ausdrücklich im Gesetz, wird aber von der Rechtsprechung vorausgesetzt.

[89] Sec. 65 DAA (5) FLA, siehe oben.

Singer kritisiert deshalb die Haltung des schwedischen Gesetzgebers als widersprüchlich und nicht kindeswohldienlich, der die seit 1998 bestehende gesetzliche Möglichkeit der Anordnung der Aufenthalts-Koelternschaft gegen den Willen eines Elternteils auch bei kooperationsunfähigen Eltern beibehalten habe.[90] Antokolskaia kommt in ihrer rechtsvergleichenden Untersuchung von Aufenthalts-Koelternschaft in Schweden, Australien, Belgien und den Niederlanden zu dem Schluss, dass eine gesetzliche Klarstellung notwendig und sinnvoll sei, denn das Vertrauen in die Klugheit der Gerichte biete doch nur eine unvollständige Garantie der Verbürgung des Kindeswohls; diese Garantien müssten vielmehr im Gesetz stehen.[91] Eine eindeutige gesetzliche Regelung, welche die Anordnung der Aufenthalts-Koelternschaft bei Kooperations- und Kommunikationsunfähigkeit der Eltern ausschließt, erscheint jedoch als sinnvolle Lösung.

Die Auswertung der bisherigen Daten und Evaluationen hat gezeigt, dass weiterer Forschungsbedarf (auch für Deutschland) an rechtswissenschaftlichen und sozialwissenschaftlichen Untersuchungen besteht, bevor Reformen übereilt Fehler wiederholen, die sich in anderen Ländern gezeigt haben und die dort teilweise zu Korrekturen und Gesetzesreformen führten. Forschungsbedarf besteht auch hinsichtlich der Implementation des Rechts und der Rechtspraxis der Akteur_innen in diesem Feld; dies sind nicht nur die Gerichte und Rechtsprofessionen (Anwält_innen), sondern auch außergerichtliche Instanzen wie die schwedischen *Social Welfare Committees* oder die Fachkräfte in den australischen *Family Relationship Centres* sowie Mediator_innen.

In allen Ländern besteht die Besorgnis, dass die Belange von Kindern zu wenig berücksichtigt und ihre Stimmen nicht ausreichend gehört werden. Empirische Erhebungen über die Anhörung von Kindern (insbesondere jüngeren unter 12 Jahren) zeigen, dass sie häufig nicht beteiligt wurden. Das Kindeswohl und die Wünsche und Interessen der Eltern können in einem Spannungsverhältnis stehen.

---

[90] *Anna Singer*, Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating residence in Sweden for children with separated parents, Utrecht Law Review (2) 2008, 35, 45 f.

[91] *Masha Antokolskaia*, Salomo's oordeel nieuwe stijl: verblijfsco-ouderschap in België en Nederland, Tijdschrift voor Privaatrecht (3) 2010, 1179.

Offensichtlich gelingt das Wechselmodell dann gut, wenn die Eltern kooperativ und engagiert, aber auch flexibel genug sind, um offen zu sein für Veränderungen und Anpassungen an die wechselnden Bedürfnisse der Kinder. Forschung und Diskussion der Erfahrungen und Sichtweisen von Kindern und Jugendlichen erscheinen deshalb besonders notwendig.[92]

[92] Vgl. als frühes Beispiel *Carol Smart/Bren Neale/Amanda Wade*, The Changig Experience of Childhood: Families and Divorce, Oxford 2001; vgl. auch den Überblick bei *Belinda Fehlberg/Bruce Smyth/Mavis Maclean/Ceridwen Roberts*, Legislating for Shared Time Parenting after Separation: A Research Review, *International Journal of Law, Policy and the Family* (3) 2011, 318. Vgl. auch *Heinz Kindler/Sabine Walper*, Das Wechselmodell im Kontext elterlicher Konflikte, NZFam 2016, 820 sowie *Sabine Walper*, Arrangements elterlicher Fürsorge nach Trennung und Scheidung: Das Wechselmodell im Licht neuer Daten aus Deutschland, in: Deutscher Familiengerichtstag e.V. (Hrsg.), 21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. bis 24. Oktober 2015 in Brühl, Ansprachen und Referate – Berichte und Ergebnisse der Arbeitskreise, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 19, Bielefeld 2016, 99.

Starke und schwache Thesen zu Wechselmodell und Kindeswohl – Eine Bewertung aus sozialwissenschaftlicher Sicht

Heinz Kindler

I. Was ist mit „starken" bzw. „schwachen Thesen" gemeint?

In der Wissenschaftsphilosophie oder zumindest demjenigen Teil, der sich intensiver mit gedanklichen Modellen (Theorien) der Wirklichkeit auseinandersetzt,[1] werden Thesen nach der Reichweite der darin enthaltenen Behauptung als unterschiedlich stark bezeichnet. Die These, das Wechselmodell stelle bei *manchen* Kindern nach einer elterlichen Trennung das im Sinne des Kindeswohls vorteilhafteste Betreuungsmodell dar, wäre demnach schwächer als die These, das Wechselmodell stelle *regelhaft* bei Kindern nach einer elterlichen Trennung das im Sinne des Kindeswohls vorteilhafteste Betreuungsmodell dar. Der Grund dafür liegt darin, dass die zweite These eine Behauptung über mehr Kinder enthält als die erste These und daher eine größere Reichweite aufweist.

---

[1] Vgl. etwa *Imre Lakatos/Alan E. Musgrave*, Criticism and the Growth of Knowledge, Cambridge 1970.

Ähnlich ist die These schwächer, beim Wechselmodell ließen sich im Vergleich zu anderen Betreuungsmodellen nach einer Trennung der Eltern Vorteile im Hinblick auf Kindeswohlaspekte *beobachten*, wenn sie mit der These verglichen wird, das Wechselmodell *bewirke* Vorteile im Hinblick auf Kindeswohlaspekte. Hier ist es allerdings nicht mehr die größere Anzahl der einbezogenen Kinder, sondern die weitreichendere Behauptung hinsichtlich der Erklärung von Unterschieden, die aus der zweiten These die stärkere macht.

Starke Thesen sind empirischen Wissenschaftlern, mithin auch mir, prinzipiell sympathisch, weil sie eher dem Ziel einer möglichst sparsamen Welterklärung entsprechen, also einer Erklärung, die mit möglichst wenigen Hypothesen auskommt. Bekannt ist dieses Prinzip der Parsimonität auch unter der Bezeichnung „Ockhams Rasiermesser", benannt nach seinem Erfinder, dem spätmittelalterlichen Philosophen William von Ockham.[2] Natürlich kann dieses Prinzip als Auswahlkriterium aber nur dann greifen, wenn auch die stärkere im Vergleich zu einer schwächeren These gut mit den empirischen Befunden vereinbar erscheint.

Mit der Erwähnung empirischer Befunde kommt eine zweite Ebene ins Spiel, die das Verhältnis zwischen Thesen und empirischen Forschungsergebnissen betrifft. Wissenschaftsphilosophisch verstehen wir in den Sozialwissenschaften die Situation hier im Anschluss an Sir Karl Popper[3] so, dass Thesen zwar widerlegt, aber umgekehrt nicht zweifelsfrei belegt werden können. Unterhalb eines nicht möglichen zweifelsfreien Nachweises können empirische Befunde oder ganze Befundlagen, die sich aus mehreren Forschungsergebnissen zusammensetzen, im Hinblick auf ihren Wert für die Prüfung einer These aber unterschiedlich stark sein. Mit der mehr oder weniger ausgeprägten „Stärke" von empirischen Befunden sind nunmehr Unterschiede in deren Aussage- oder Belegkraft gemeint, so dass manche Befunde im Hinblick auf die Beurteilung einer These aussagekräftiger sind als andere. Beispielsweise würde in der Regel unter Studien zur Beurteilung des Wechselmodells aus der Sicht betroffener Kinder eine Befragungsstudie mit einhundert, verschieden rekrutierten Kindern unterschiedlichen Alters und mit unterschiedlich langer Erfahrung mit dem Wechselmodell als aussagekräftiger angesehen werden, denn eine Studie mit einer eher homogenen Gruppe von nur zehn Kindern, die über einen Interessensverband mit deutlicher Positionierung zum Wechselmodell

[2] Für eine relativ aktuelle Erörterung siehe *Elliott Sober*, Ockham's Razors: A User's Manual, Cambridge 2015.

[3] *Karl Popper*, The Logic of Scientific Discovery, London & New York 1959.

für die Befragung gewonnen wurden. In Erweiterung dieses einfachen Beispiels existiert mittlerweile ein komplexes System bekannter Fehlerrisiken bezüglich der Aussagekraft (Validität) empirischer Studien. Dieser Ansatz, der Bedrohungen der Validität empirischer Studienergebnisse systematisiert und insgesamt in den Blick nimmt,[4] führt zu einem empirischen Gradualismus, demzufolge es graduelle Unterschiede in Aussagekraft von Studien gibt, so dass beispielsweise zwei Befunde bezüglich einer These verschieden aussagekräftig sein können. Gleiches gilt für ganze Befundlagen. Ebenso können Befundlagen, die jeweils als Belege für miteinander im Konflikt stehende Thesen angeführt werden, im Vergleich zueinander unterschiedlich gut gegen Fehleinschätzungen abgesichert sein, was dann zur Bevorzugung der einen gegenüber der anderen These führt. Hinzunehmen ist beim empirischen Gradualismus aber, dass solche Vergleiche manchmal zu uneindeutigen Ergebnissen führen, weil der Raum bekannter Fehlerrisiken mehrdimensional ist und die zu vergleichenden Befundlagen verschiedene Stärken und Schwächen aufweisen können, die nicht zwangsläufig in eine eindeutige Rangfolge zu bringen sind.

Für die Brücke zur Rechtsentwicklung und Rechtsprechung sind nun drei Punkte wichtig. Erstens ist festzustellen, dass sich in rechtsnahen Bereichen verschieden starke sozialwissenschaftliche Thesen tummeln, auf die in Diskussionen um die Weiterentwicklung des Rechts Bezug genommen wird oder deren jeweilige Vertreterinnen und Vertreter eine Beachtung durch den Gesetzgeber bzw. die Rechtsprechung einfordern. Dies gilt insbesondere für die Rechtsbereiche, deren Entwicklung, wie im Familienrecht, eng mit dem gesellschaftlichen Wandel, der durch die Sozialwissenschaften reflektiert wird, verflochten ist.[5] Neu auftauchende starke Thesen, wie etwa die These, das Wechselmodell stelle regelhaft die kindeswohldienlichste Betreuungsregelung nach einer elterlichen Trennung dar, können dabei potenziell erhebliche Auswirkungen auf das Recht haben, während schwache Thesen tendenziell eher graduelle Korrekturen verlangen, wenn sie denn jeweils als gültig akzeptiert werden. Allerdings, und das ist mein zweiter Punkt, haben starke Thesen nicht nur für Menschen in der Wissenschaft, sondern auch für die Rechtsprechung ihren eigenen Reiz, entlasten sie doch die Entscheidungsfindung im Einzelfall von Komplexität, etwa wenn im Kindschaftsrecht ein ursächlicher und

[4] *William R. Shadish/Thomas D. Cook/Donald T. Campbell*, Experimental and Quasi-Experimental Designs for Generalized Causal Inference, Boston & New York 2011.

[5] *Friederike Wapler*, Familie und Familienschutz im Wandel – zur Entwicklung des Familienbegriffs im öffentlichen Recht, RW 2014, 57-87.

die meisten Kinder betreffender Zusammenhang zwischen bestimmten Regelungen und dem Kindeswohl behauptet und zugrunde gelegt wird. Beispielhaft wäre hier etwa an starke Thesen zu denken, wie sie die Regelvermutung des § 1626 BGB bezüglich der Kindeswohldienlichkeit von Umgang mit getrenntlebenden Elternteilen enthält oder an Positionen, die die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall ansehen. Da in der familiengerichtlichen Praxis aufgrund der Vielfalt und manchmal auch Widersprüchlichkeit der vorgetragenen Argumente stets eine Überforderung der Entscheidungspersonen droht, diese sich aber gleichzeitig dem Zwang zur am Kindeswohl ausgerichteten Entscheidung nicht entziehen können, erklärt sich so vielleicht teilweise die immer wieder vorzufindende Bereitschaft mancher Fachpersonen, starke Thesen auch unabhängig von empirischen Befundlagen zu akzeptieren. Noch nicht gelöst ist damit aber, drittens, das Problem der Verständigung oder zumindest des Austausches über die Frage, ab wann bestimmte starke oder schwache Thesen als gültig akzeptiert werden, d.h. ab wann sie als ausreichend gegen Irrtümer abgesichert und dem gegenwärtigen Stand der empirischen Wissenschaft entsprechend beurteilt werden, so dass sie der Rechtsentwicklung und Rechtsprechung sinnvoll zugrunde gelegt werden können.

International wurden rund um diese Frage intensive Debatten geführt, vor allem im Anschluss an die sog. Daubert-Entscheidung des US-amerikanischen Supreme Court, die sich mit Kriterien von Wissenschaftlichkeit und damit der Zulässigkeit bestimmter Expertenaussagen in Gerichtsverfahren auseinandergesetzt hat.[6] Ohne diese Diskussion hier in irgendeiner Weise erschöpfend behandeln zu wollen, sind aus meiner Sicht zu der Frage, wann die Belege für eine These ausreichen, zwei Aspekte festzuhalten. Zum einen ist zu betonen, dass es sich um eine Anwendungsfrage handelt, so dass der Anwendungskontext bedeutsam wird, also etwa die Frage, wie weitreichend die Folgen der Akzeptanz einer These wären und bei wem billigerweise welche Begründungspflichten liegen. Zum anderen sind aber auch innerwissenschaftliche Qualitätskriterien unverzichtbar, da in der Domäne der Wissenschaft, die Thesen entwickelt, verknüpft und prüft, ein besonderes Bewusstsein der Risiken für die Verlässlichkeit wissenschaftlicher Aussagen vorhanden ist, gleichzeitig aber auch methodische Möglichkeiten verhandelt werden, diesen Risiken durch besser angelegte Studien zu begegnen.

---

[6] Beispielhaft: *David Kriebel*, How Much Evidence is Enough?, Law and contemporary problems (72) 2009, 121-136; *Susan Haack*, Evidence Matters, Science, Proof and Truth in Law, Cambridge 2014.

Vor dem Hintergrund dieser einführenden Überlegungen werde ich im Folgenden die Befundlagen zu einer schwachen sowie zu einer starken These bezüglich des Wechselmodells erörtern. Die schwache These lautet: Das Wechselmodell stellt für manche Kinder das beste, also kindeswohldienlichste Betreuungsmodell dar. Als starke These gilt: Das Wechselmodell entspricht als Betreuungsregelung nach einer Trennung dem Wohl der meisten Kinder am besten. Da ich auch begründen möchte, inwieweit mir diese beiden Thesen zum gegenwärtigen Zeitpunkt im Hinblick auf Rechtsentwicklung und Rechtsprechung akzeptabel bzw. nicht akzeptabel erscheinen, muss ich natürlich die Kriterien für meine Positionierung offenlegen und einräumen, dass diese Positionsnahme in zweifacher Hinsicht offen für Kritik und Weiterentwicklung ist.

Erstens sind beide Thesen ja mit Anwendungen verknüpft. Diese betreffen das Anbieten von Orientierungswissen oder das Setzen von Anreizen für alle Eltern, die sich trennen, sowie das Handeln des Staates als Konfliktschlichter bei elterlicher Uneinigkeit. Dass damit zwangsläufig außerwissenschaftliche Aspekte eine Rolle spielen, wenn es um eine Entscheidung im Hinblick auf das Akzeptieren oder Nicht-Akzeptieren dieser Thesen geht, ließe sich vielleicht aus Sicht einer naiven Epistemologie kritisch hinterfragen. Die Frage könnte lauten, ob eine solche Verknüpfung der Gültigkeit von Aussagen mit außerwissenschaftlichen Kriterien denn wirklich richtig sein könne, da es doch nur eine Wahrheit geben könne und auf alle Fälle entsprechend gehandelt werden müsse. Da wir aber, so das zentrale Gegenargument, die Wahrheit nicht mit letzter Sicherheit zu erkennen vermögen, macht es absolut Sinn in Abhängigkeit von den Kosten einer Fehlentscheidung unterschiedliche Grade der Absicherung einer These zu verlangen. Die Schwierigkeit und demzufolge die mögliche Kritik liegt aber darin begründet, dass die in der (hier grundlegenden) Entscheidungstheorie[7] gebräuchlichen, sog. Risiko- oder Entscheidungsmatrizen, die die Kosten verschiedener Formen von Fehlentscheidungen abbilden und damit auch die Kosten der fehlerhaften Akzeptanz einer Hypothese mit erfassen, schwerlich rein objektiv begründet werden können, da Ziele und deren Bewertung hierbei notwendig eine Rolle spielen. Daher können Bewertungen nur offengelegt und es kann um Zustimmung bzw. eine gemeinsame Einschätzung geworben werden. Dissens ist aber stets möglich.[8]

---

[7] Für die gegenwärtig, aus meiner Sicht beste Einführung in diesen Bereich siehe *Martin Peterson*, An Introduction to Decision Theory, Cambridge 2017.

[8] Für eine vertiefende Erörterung dieses Punktes siehe *Ilkka Niiniluoto*, The aim and structure of applied research, Erkenntnis (38) 1993, 1-21. Das Problem der Bewertbarkeit der Folgen von

Zweitens muss ich eine Angreifbarkeit meiner Position bezüglich der Stelle einräumen, an der der Begriff des Kindeswohls ins Spiel kommt. Empirische Forschung gewinnt ihre Aussage- und Überzeugungskraft über methodische Gütekriterien, die wiederum eine Spezifikation des Gegenstandes verlangen. Der Kindeswohlbegriff aber ist bewusst umfassend angelegt. Hieraus ergibt sich, dass empirisch stets nur Ausschnitte des Kindeswohls greifbar sein können und daher empirisch begründete Aussagen zum Kindeswohl umso eher möglich sind, je mehr solche empirischen Ausschnitte zu einem Gesamtbild zusammengefügt werden können. Es gibt aus meiner Sicht mehrere rechtsnahe Bereiche, in denen bereits viele solche Ausschnitte zusammengetragen wurden und entsprechend ein einigermaßen umfassendes Bild entstanden ist. Dies betrifft etwa Zusammenhänge zwischen manchen Kriterien der großen Kindeswohlprüfung (z.B. das Kriterium der elterlichen Erziehungsfähigkeit) und dem Kindeswohl oder die Schädigungswirkung mancher Formen von Kindeswohlgefährdung.[9] Im Hinblick auf das Wechselmodell ist aber festzustellen, dass die Befunde noch sehr lückenhaft sind. Lückenhaftigkeit lässt sich verschieden bestimmen und es ist nicht ohne Bedeutung, inwieweit Personen, die in der Rechtsentwicklung und Rechtsanwendung Verantwortung tragen und dabei empirische Befundlagen verarbeiten oder dazu aufgefordert werden, dies zu tun, hier auf eine Systematik zurückgreifen können. Eine solche, sehr generelle Systematik habe ich bereits angesprochen, nämlich inwieweit der Katalog bekannter Risiken für die Validität wissenschaftlicher Aussagen in der Summe der zu einer Frage vorliegenden Studien beachtet wurde und solche Risiken möglichst weitgehend vermieden bzw. kontrolliert wurden.

Ein zweiter, damit gut zu vereinbarender Ansatz, zielt genau auf Situationen, in denen behauptete ursächliche Effekte bestimmter Umwelteinflüsse geprüft werden müssen, und der methodische Goldstandard, nämlich das Experiment, nicht zur Verfügung steht. Vorliegend wäre die Betreuungsregelung, also etwa das Wechselmodell, als der zu prüfende Umwelteinfluss anzusehen und es ist klar, dass Kinder nicht experimentell, also zufällig, bestimmten Betreuungsregelungen zugewiesen werden können. Um sich in dieser Situation an Kausalaussagen zumindest annähern zu können, wird eine Reihe von (ursprünglich aus der Epidemiologie stam-

Fehlentscheidungen wird u.a. diskutiert von *Louis Anthony Cox*, What's wrong with risk matrices, Risk Analysis (28) 2008, 497-512.

[9] *Heinz Kindler*, Operationalisierungen von Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung in den Sozial- und Humanwissenschaften, in: Henriette Katzenstein/Katharina Lohse/Lydia Schönecker (Hrsg.), Das Recht als Partner der Fachlichkeit in der Kinder- und Jugendhilfe, Baden-Baden (im Druck).

menden) Kriterien abgeprüft, die in der Regel von echten Ursachen erfüllt werden. Je mehr davon untersucht und bestätigt wurden, desto eher, so die Vorstellung, kann von einem tatsächlich ursächlichen Effekt ausgegangen werden.

Diese sog. Bradford-Hill Kriterien[10] beinhalten insbesondere die folgenden Anforderungen: (a) robuster, erwartungsgemäßer und für die praktische Bedeutsamkeit ausreichend enger statistischer Zusammenhang zwischen zu prüfender Ursache (hier: Wechselmodell) und gedachten Folgen, also beispielsweise einer vergleichsweise positiveren Entwicklung von Kindern im Wechselmodell, (b) Längsschnittstudien, die zeigen, dass die gedachte Ursache, hier das Wechselmodell, tatsächlich in der Regel vor der gedachten Folge eintritt und nicht etwa umgekehrt Eltern mit überdurchschnittlich positiv entwickelten und nicht verhaltensauffälligen Kindern häufiger diese Betreuungsregelung wählen, (c) Dosis-Effekte, wonach mögliche positive Effekte im Mittel bei Kindern, die nach einer Trennung mehr Zeit im Wechselmodell verbracht haben, deutlicher hervortreten sollten, als bei Kindern, die einen geringeren Anteil ihrer Zeit nach einer Elterntrennung diese Betreuungsregelung erlebten, (d) der Ausschluss nicht-kausaler Erklärungen für gefundene positive Assoziationen zwischen Wechselmodell und Kindeswohlkriterien, wobei sich die Diskussion zu diesem Kriterium bislang vor allem mit der, im weiteren Verlauf des Kapitels noch intensiver erörterten Frage beschäftigt, ob Selektionsprozesse als Erklärung solcher Assoziationen ausgeschlossen werden können, und (e) die Aufklärung von Prozessen (z.B. innerpsychischen Verarbeitungsprozessen bei Kindern), die eventuell vorhandene statistische Assoziationen inhaltlich konsistent erklären können. Wichtig hierbei ist, dass keine Einzeluntersuchung alle Kriterien abprüfen kann, sondern wirklich auf der Ebene der gesamten Befundlage diskutiert werden muss, wobei dann noch einmal bei jedem Punkt erörtert werden kann, inwieweit vorhandene Studien vertrauenswürdig sind oder Risiken für die Validität zugestanden werden müssen. Unter beiden Systematiken ist die Befundlage zum Wechselmodell bislang noch als sehr lückenhaft zu beurteilen, was die

[10] Der Aufstieg der Bradford-Hill Kriterien zu einem wichtigen Analysewerkzeug in den Sozial- und Humanwissenschaften ist untrennbar mit der Diskussion über den lange strittigen Kausalzusammenhang zwischen Rauchen und Lungenkrebs beim Menschen verbunden. Eine Einführung in den wissenschaftsphilosophischen Diskussionsstand findet sich bei *Andrew Ward*, Causal criteria and the problem of complex causation, Medicine, Health Care and Philosophy (12) 2009, 333-343. Eine kritische Erörterung für die Rechtswissenschaft stammt von *Susan Haack*, Correlation and Causation: The „Bradford Hill Criteria" in Epidemiological, Legal, and Epistemological Perspective, in: Miquel Martín-Casals/Diego M. Papayannis (Hrsg.), Uncertain causation in tort law, Cambridge 2016, 176-202.

Möglichkeit notweniger Neueinschätzungen der Situation nach einer Veröffentlichung weiterer Studien begründet.[11]

Bevor nun zunächst die schwache These im Hinblick auf das Wechselmodell (Wechselmodell für manche Kinder das beste Betreuungsmodell) erörtert wird, ist es noch notwendig zu klären, welche Betreuungsregelungen hier überhaupt so bezeichnet werden. In verschiedenen Veröffentlichungen wurde darauf hingewiesen, dass eine einheitliche Definition nicht existiert.[12] Mit dem Begriff des „Wechsels" soll allgemein eine Abgrenzung von Betreuungsregelungen vorgenommen werden, bei denen Kinder nach einer Trennung den Lebensmittelpunkt bei einem Elternteil haben und den anderen Elternteil besuchen, also nicht zwischen zwei Lebensmittelpunkten hin- und her wechseln. Operationalisierungen, also Versuche, das „Wechselmodell"[13] für die empirische Forschung handhabbar zu machen, setzen ganz überwiegend nicht am kindlichen Erleben zweier Lebensmittelpunkte an, sondern an der Aufteilung von Betreuungszeiten. Überwiegend wird dabei in neueren Forschungsübersichten im Bereich einer Zeitverteilung von 30/70 bis 50/50 von einem Wechselmodell gesprochen.[14]

II. Die schwache These: Das Wechselmodell als kindeswohldienlichste Betreuungsregelung für manche Kinder

Wenn die Anforderungen an die Befunde, die zur Akzeptanz oder Ablehnung dieser These führen, wenigstens teilweise davon abhängig gemacht werden, welche Folgen es hat, die These als gültig anzusehen, so ist es sinnvoll, sich zuerst mit

[11] Für eine der wenigen anderen Veröffentlichungen, die bislang einen Schritt zurückgetreten sind und vor der Präsentation von und dem Streit um Befunde systematischer erörtert haben, welche Arten von wissenschaftlicher Evidenz der Begründung von Positionierungen überhaupt dienen können, siehe *Sanford L. Braver/Ashley M. Votruba*, Does Joint Physical Custody "Cause" Children's Better Outcomes?, Journal of Divorce & Remarriage (59) 2018, 452-468.

[12] So etwa *Hildegund Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, abwechselnde Kinderbetreuung, Wiesbaden 2013, S. 61 ff.

[13] In der deutschen Fachdiskussion ist noch der Begriff des Doppelresidenzmodells oder des „paritätischen Doppelresidenzmodells" gebräuchlich. In der internationalen Literatur haben sich die Begriffe *shared parenting* und *joint physical custody* eingebürgert, die beide den Akzent etwas mehr auf das elterliche Zusammenwirken legen.

[14] So etwa *Bruce M. Smyth et al.*, Shared time parenting: Evaluating the Evidence of Risks and Benefits to Children, in: Leslie Drozd/Michael Saini/Nancy Olesen (Hrsg.), Parenting plan evaluations, Applied Research for the Family Court, New York 2016, 118; sowie *Amandine Baude/Jessica Pearson/Sylvie Drapeau*, Child Adjustment in Joint Physical Custody Versus Sole Custody: A Meta-Analytic Review, Journal of Divorce & Remarriage (57) 2016, 338-360.

diesen Folgen zu beschäftigen. Aus meiner Sicht wäre die aus einer Akzeptanz der schwachen These erwachsende Hauptanforderung an das Familienrecht, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Eltern, die (zutreffend oder plausibel) zu der Ansicht gelangen, ihr Kind würde von einer Form des Wechselmodells im Vergleich zu anderen Betreuungsarrangements am meisten profitieren, dadurch keine unbilligen Nachteile erleiden, sondern auf einen durchdachten normativen Rahmen zurückgreifen können. Die Rahmenbedingungen einer solchen Wahl sind deshalb zu fokussieren, weil die Akzeptanz der schwachen These ja nichts daran ändert, dass Eltern auch nach einer Trennung die Hauptverantwortung für das Wohl ihrer Kinder tragen. Neben dieser Hauptfolge könnten noch zwei Nebenaspekte gesehen werden: Falls es einigermaßen gut erkennbare Anhaltspunkte dafür gäbe, welche Kinder von einem Wechselmodell profitieren und welche nicht, wäre als Folge denkbar, solche Informationen im Rahmen von Aufklärungs- und Beratungsarbeit zu verbreiten, was im Rahmen geltenden Rechts (z.B. § 17 SGB VIII) möglich und deshalb unproblematisch wäre. Sofern sich schließlich selbst in strittigen Fällen eine Teilgruppe von Kindern finden würde, für die eine Form des Wechselmodells die günstigste Betreuungsregelung darstellen würde, wäre zu erörtern, inwieweit der Staat als Konfliktschlichter dies zuverlässig erkennen und berücksichtigten könnte.

Wenn es bei der Hauptfolge einer Akzeptanz der schwachen These um die Gewährleistung von Wahlmöglichkeiten für Eltern geht, ergibt sich dies aus der liberalen Grundordnung der Bundesrepublik und den geschützten Freiheitsrechten, insbesondere Art. 6 Abs. 2 GG, so dass der Staat das Wechselmodell gegenüber anderen Betreuungsregelungen nach einer Trennung der Eltern nicht etwa deshalb benachteiligen darf, weil es sich um ein vergleichsweise junges Modell handelt. Eine Rechtfertigung für eine Benachteiligung wäre es allenfalls, wenn die schwache These begründet zurückgewiesen werden könnte. Eindeutig wäre dies dann der Fall, wenn es in Deutschland keine oder nahezu keine Kinder und Eltern gäbe, denen ein Wechselmodell als zu bevorzugende Betreuungsregelung erscheinen würde und es in Kontrollgruppenstudien Nullzusammenhänge oder gar negative Zusammenhänge zu verschiedenen Kindeswohlaspekten gäbe. Treffen diese beiden Bedingungen einer Zurückweisung der schwachen These nicht zu, wäre sie aus meiner Sicht ohne weitere Nachweise zu akzeptieren, wobei ein Abarbeiten weiterer Bradford-Hill Kriterien oder der Ausschluss weiterer Validitätsrisiken (neben denen, die durch Kontrollgruppenstudien beseitigt werden) natürlich unschädlich wäre und die Schlussfolgerung, die schwache These sei zu akzeptieren, weiter stär-

ken könnte. Die vergleichsweise niedrigen Anforderungen an die Akzeptanz der schwachen These resultieren meines Erachtens nach aus nicht sonderlich weitreichenden Folgen einer Akzeptanz dieser These und der Konstruktion des Verhältnisses von Staat und Familie, wonach die Begründungspflichten beim Staat liegen, wenn er gegen das Wechselmodell diskriminieren möchte. Dass gegenwärtig eine Benachteiligung insbesondere strikt paritätischer Betreuungsregelungen vorliegt, wurde von verschiedenen Autorinnen und Autoren festgestellt.[15] Auch wenn anzuerkennen ist, dass es sich dabei überwiegend um eine gleichsam passive Diskriminierung aufgrund fehlender Regelungen handelt, die wiederum eine (unbeabsichtigte) Folge von Ungleichzeitigkeiten zwischen gesellschaftlicher Entwicklung und Rechtsentwicklung ist, wäre der Gesetzgeber bei einer Akzeptanz der schwachen These doch zur Abhilfe, also dem Schaffen eines geeigneten normativen Rahmens aufgerufen.

Erfolgt nun ein Blick in die empirischen Befunde, so ist zunächst festzustellen, dass eine kleine, eher im einstelligen, denn im zweistelligen Prozentbereich zu verortende, mittlerweile aber immerhin in Bevölkerungssurveys messbare Gruppe von Trennungseltern in Deutschland angibt, ein Wechselmodell zu praktizieren.[16] Bei einer noch größeren Gruppe von Eltern besteht ein Interesse an dem Modell.[17] Im Hintergrund lässt sich vermuten, dass ein wachsender Anteil an Paaren in der Gesellschaft eine Rolle spielt, bei denen vor einer Trennung Mutter und Vater beide eine aktive Fürsorgerolle übernommen haben und von denen einige, im Fall einer Trennung, eine Fortsetzung der beidseits intensiven Beziehungen zum Kind bzw. zu den Kindern wünschen.[18] Daten dazu, wie viele Trennungskinder sich ein Aufwachsen mit annähernd gleichrangigen Lebensmittelpunkten bei beiden Elternteilen wünschen, liegen aus Deutschland nicht vor. Hierzulande fehlen, bis auf einige sehr kleine Studien, bislang auch Forschungsergebnisse zu der Frage, wie Kinder

---

[15] Vgl. etwa *Maria Wersig*, Getrennt leben, gemeinsam betreuen – das Wechselmodell im Steuer- und Sozialrecht, in: Kirsten Scheiwe/Maria Wersig (Hrsg.), Einer zahlt und eine betreut?, Kindesunterhalt im Wandel, 2010, 273-288; *Eva Schumann*, Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung, NJW-Beilage 2018, 33-36.

[16] *Sabine Walper*, Arrangements elterlicher Fürsorge nach Trennung und Scheidung: Das Wechselmodell im Licht neuer Daten aus Deutschland, in: Deutscher Familiengerichtstag e.V. (Hrsg.), 21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. bis 24. Oktober 2015 in Brühl, Ansprachen und Referate – Berichte und Ergebnisse der Arbeitskreise, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 19, Bielefeld 2016, 99-143.

[17] *Institut für Demoskopie Allensbach*, Getrennt gemeinsam erziehen, 2017, S. 14.

[18] *Xuan Li et al.*, Väter 2015: Wie aktiv sind sie, wie geht es ihnen und was brauchen sie?, Eine aktuelle Studie des deutschen Jugendinstituts, München 2015.

ein Wechselmodell erleben.[19] Die vorliegenden qualitativen Studien passen aber gut zur internationalen Befundlage[20] und beschreiben ein kontextabhängig vielfältiges Erleben, wobei zumindest ein Teil der befragten jungen Menschen, die Erfahrungen mit dem Wechselmodell insgesamt positiv wertet.

Zu Zusammenhängen zwischen Wechselmodell und Kindeswohlindikatoren jenseits des Kindeswillens liegen derzeit international etwa 60 Untersuchungen aus acht Ländern vor.[21] Ganz überwiegend handelt es sich dabei um einmalige Datenerhebungen, die mithin vor allem das Bradford-Hill Kriterium der robusten statistischen Assoziation zwischen Wechselmodell und Kindeswohlindikatoren prüfen können. Als Aspekte des Kindeswohls wurden insbesondere psychische Gesundheit und (das Fehlen von) Verhaltensauffälligkeiten, Wohlbefinden und Selbstvertrauen, die wahrgenommenen Beziehungen zu Eltern und Freunden sowie die schulische Entwicklung einbezogen. Mehrheitlich wurden positive Zusammenhänge zwischen Wechselmodell und Kindeswohlindikatoren gefunden.

Dies gilt auch für die größten verfügbaren Studien, die überwiegend aus Skandinavien stammen. So lagen in einer schwedischen Befragung von mehr als 160.000 Schulkindern zwischen 12 und 15 Jahren im Wechselmodell lebende Kinder hinsichtlich ihrer Angaben zu Gesundheit, Wohlbefinden, Beziehungen und Zufriedenheit mit der schulischen Situation zwischen Kindern aus Kernfamilien und Kindern, die hauptsächlich oder gänzlich bei einem Elternteil lebten.[22] Gleiches galt für die berichtete Lebenszufriedenheit von mehr als 180.000 im Rahmen einer WHO-Studie befragten 11 bis 15 Jahre alten Kinder aus 36 westlichen Industrieländern. Auch hier berichteten Kinder im Wechselmodell generell eine etwas höhere Lebenszufriedenheit als Trennungskinder mit anderen Betreuungsregelungen, wenn auch Nachteile zu Kindern ohne elterliche Trennung bestehen blieben.[23]

---

[19] *Michaela Schier*, Post-separation Families: Spatial Mobilities and the Need to Manage a Multilocal Everyday Life, in: Can M. Aybek/Joahnnes Huinink/Raya Muttarak (Hrsg.), Spatial Mobility, Migration, and Living Arrangements, Dordrecht 2015, 207-226.

[20] *Rachel Birnbaum/Michael Saini*, A qualitative synthesis of children's experiences of shared care post divorce, The International Journal of Children's Rights (23) 2015, 109-132.

[21] *Linda Nielsen*, Joint Versus Sole Physical Custody: Children's Outcomes Independent of Parent–Child Relationships, Income, and Conflict in 60 Studies, Journal of Divorce & Remarriage (59) 2018, 247-281.

[22] *Malin Bergström et al.*, Living in two homes: A Swedish national survey of wellbeing in 12 and 15 year olds with joint physical custody, BMC Public Health (13) 2013, 868.

[23] *Thoroddur Bjarnason et al.*, Life Satisfaction Among Children in Different Family Structures: A Comparative Study of 36 Western Societies, Children & Society (26) 2012, 51-62.

Deutsche Studien konnten bislang keine Vorteile für Kinder im Wechselmodell hinsichtlich der psychischen Gesundheit demonstrieren.[24] Allerdings liegen erst zwei Studien vor und die Bandbreite der eingesetzten Kindeswohlindikatoren ist schmal. Mit einer als Meta-Analyse bezeichneten Technik wurde studienübergreifend ein insgesamt schwach positiver Zusammenhang zwischen Wechselmodell und eingesetzten Kindeswohlindikatoren berechnet (Cohen d=0.109), wobei 19 Studien einbezogen werden konnten.[25] Es ist nicht ganz einfach ein alltagstaugliches Gefühl dafür zu vermitteln, was ein solcher schwacher Effekt praktisch bedeutet. Eine Möglichkeit setzt dabei an, zwei völlig zufällig ausgewählte Trennungskinder mit und ohne Wechselmodell im Hinblick auf Kindeswohlaspekte miteinander zu vergleichen.[26] Wenn es zwischen den beiden Gruppen von Kindern keinen Unterschied gäbe, würden sich über viele Vergleiche zufällig ausgewählter Kinder Fälle mit Vorteil für die eine Gruppe und Fälle mit Vorteil für die andere Gruppe die Waage halten. Ein schwacher Effekt, wie hier beobachtet, bedeutet nun, dass es 8% wahrscheinlicher ist, dass ein Kind mit dem Wechselmodell als Betreuungsform besser abschneidet als ein zufällig ausgewähltes Kind mit einem anderen Betreuungsmodell nach der Trennung der Eltern. Die beiden Verteilungen fallen also weitgehend, aber nicht gänzlich zusammen. Wichtig an der Meta-Analyse ist noch, dass mit zunehmender Gleichverteilung, also von 70/30 über 60/40 bis hin zu 50/50, die beobachtbaren positiven Zusammenhänge zu Kindeswohlaspekten deutlicher ausfielen, was als eine Art Dosis-Effekt verstanden werden kann.

In der Summe sind die Befunde nicht ganz, aber weitgehend eindeutig. Es existiert eine Gruppe von Eltern und Kindern, die das Wechselmodell als Betreuungsmodell wählen wollen und entsprechende Erfahrungen positiv bewerten. Zudem zeigen sich im Mittel der vorliegenden Studien schwache, aber gegen den Zufall abgrenzbare Zusammenhänge zwischen dem Wechselmodell und verschiedenen Aspekten des Kindeswohls. Auch wenn das Fehlen bestätigender Befunde aus Deutschland etwas verunsichern muss, ist die schwache These aus meiner Sicht doch insgesamt zu akzeptieren, so dass Eltern nach einer Trennung diese Form

[24] Vgl. *Sabine Walper*, Arrangements elterlicher Fürsorge nach Trennung und Scheidung (Fn. 16).

[25] *Amandine Baude/Jessica Pearson/Sylvie Drapeau*, Child adjustment in joint physical custody versus sole custody: A meta-analytic review, Journal of Divorce & Remarriage (57) 2016, 338-360.

[26] Diese Darstellungsform wird als „Common Language Effect Size Statistic" bezeichnet und wurde entwickelt von *Oakley McGraw/Seok Pin Wong*, A common language effect size statistic, Psychological Bulletin (111) 1992, 361-365.

von Betreuung wählen und dafür auf einen rechtlichen Rahmen zurückgreifen können sollten.

III. Die starke These zur Kindeswohldienlichkeit des Wechselmodells und ihre Alternativen

Würde nun die starke These angenommen, also die Behauptung bejaht, das Wechselmodell stelle für alle oder die meisten Trennungskinder die kindeswohldienlichste Betreuungsregelung dar, so könnte dies eine Vielzahl an Folgen haben. Beispielsweise würde sich aufdrängen, eine positive Wertung des Wechselmodells, ähnlich etwa wie bei der Regelvermutung zum Umgang im § 1626 BGB, zu kodifizieren. Denkbar wäre aber auch, die Entwicklung des Wechselmodells zu einem neuen Leitbild – wie bei der gemeinsamen elterlichen Sorge – ohne Kodifizierung zu forcieren. Gelingen könnte dies, wenn das Modell ausreichend Rückhalt in relevanten Berufsgruppen und in der Bevölkerung erfährt. Diesen Rückhalt zu fördern, wäre – alles bei einer Akzeptanz der starken These – Aufgabe von öffentlich finanzierten Aufklärungskampagnen. Zu prüfen wäre weiter, wie in strittigen Verfahren, jenseits rechtfertigender Ausnahmen, die Weigerung eines Elternteils, sich auf eine Form des Wechselmodells einzulassen, gewertet werden müsste.

Die potenziell erheblichen und im Fall einer fälschlichen Annahme der starken These Kinder und Eltern in größerer Zahl negativ betreffenden Folgen legen nahe, diese These kritisch zu prüfen. Dies kann auf mehreren Wegen geschehen. Zum einen kann für sich stehend die Aussagekraft der Befunde zum Wechselmodell anhand der Bradford-Hill Kriterien bzw. der wichtigsten Validitätsrisiken erörtert werden. Noch interessanter wäre es aber, die starke These gegen Alternativhypothesen abzuwägen, deren wichtigste als „Passungshypothese" bezeichnet wird.[27] Die Passungshypothese besagt, dass es für die Auswahl der im Einzelfall passenden Betreuungsregelung eine beschränkte Anzahl an zu berücksichtigenden Faktoren gibt (z.B. die Faktoren der großen Kindeswohlprüfung). Ziel eines am Kindeswohl orientierten Systems von Elternbildung, Jugendhilfe und Familiengerichtsbarkeit ist es demnach, Eltern sowie, bei Unsicherheiten und Konflikten, Beratungsstellen, Jugendämter und Gerichte zu einer Abwägung der relevanten Faktoren im Einzelfall und der darauf aufbauenden Suche nach einer passenden Regelung zu befähigen. Hinter der Passungshypothese steht der Hauptstrom der

[27] *Michael E. Lamb*, Mothers, fathers, families, and circumstances: Factors affecting children's adjustment, Applied Developmental Science (16) 2012, 98-111.

Scheidungsforschung in den letzten 30 Jahren, die sich von einfachen und pauschalen Lösungsansätzen (z.B. kleine Kinder gehören zur Mutter) und generalisierten Phasenmodellen der Bewältigung von Trennung und Scheidung ausdrücklich abgelöst und die Unterschiedlichkeit der Verläufe in den Blick genommen hat.

Herausgearbeitet wurden in mehreren Längsschnittstudien eine Reihe von Risiko- und Schutzfaktoren, wobei die individuelle Balance solcher Faktoren wesentlich über eine gut gelingende oder nur teilweise bzw. verzögert, manchmal auch nicht gelingende Bewältigung elterlicher Trennung und Scheidung durch Kinder entscheiden soll.[28] Für mehrere, wenn auch nicht alle der in der Forschung herausgearbeiteten Risiko- und Schutzfaktoren lässt sich anhand der Bradford-Hill Kriterien argumentieren, dass sie, auch in strittigen Fällen, die tendenziell in Gerichtsverfahren münden, einen wahrscheinlich ursächlichen Einfluss auf die Entwicklung betroffener Kinder ausüben.[29] Vor dem Hintergrund dieser guten Verankerung in der Grundlagenforschung wurde eine Reihe von erfolgreich auf Wirksamkeit getesteten Interventionen entwickelt.[30] Zudem entstand für den Umgang mit strittigen Fällen die Grundidee, zunächst in den Einzelfällen die Verringerung eines hohen elterlichen Konfliktniveaus, das einen wichtigem Risikofaktor darstellt, zu versuchen, notfalls aber einzelfallbezogen auf der Grundlage von Risiko- und Schutzfaktoren, bei jedem Elternteil die für ein Kind in seiner Familiensituation am besten passende Betreuungsregelung zu suchen. Wie gut und flächendeckend dies in der Fallanalyse und Entscheidungsfindung funktioniert, ist allerdings eine empirisch weitgehend offene Frage. Dies zu betonen ist deshalb wichtig, damit nicht der falsche Eindruck entsteht, bei der Alternative zur starken These zum Wechselmodell handle es sich um ein empirisch bereits gut abgesichertes Praxissystem der Entscheidungsfindung.

---

[28] *E. Mavis Hetherington et al.*, What matters? What does not? Five Perspectives on the Association between Marital Transitions and Children's Adjustment, American Psychologist (53) 1998, 167-184; *Jennifer M. Weaver/Thomas J. Schofield*, Mediation and moderation of divorce effects on children's behavior problems, Journal of Family Psychology (29) 2015, 39-48.

[29] *Heinz Kindler*, Operationalisierungen von Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung in den Sozial- und Humanwissenschaften (Fn. 9).

[30] Siehe etwa *Sharlene A. Wolchik et al.*, Fifteen-year follow-up of a randomized trial of a preventive intervention for divorced families, Journal of Consulting and Clinical Psychology (81) 2013, 660-673.

Die große Stärke der Passungshypothese liegt vielmehr bislang in ihrer sehr guten Verankerung in der Grundlagenforschung und der Demonstration, dass sich aus diesem Ansatz heraus wirksame Interventionen für Trennungsfamilien entwickeln lassen. Zugleich kann im Rahmen der Passungshypothese stimmig erklärt werden, warum rechtliche Regelungen zum Umgang oder zur elterlichen Sorge für sich genommen empirisch keine oder allenfalls schwache Zusammenhänge zu Kindeswohlindikatoren aufweisen:[31] Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass die herangezogenen Risiko- und Schutzfaktoren teilweise unmittelbar auf das Kind einwirkende Aspekte der Lebenswelt betreffen (z.B. das elterliche Fürsorge- und Erziehungshandeln), die regelmäßig stärker wirken als rechtliche Rahmenbedingungen, zum anderen trägt zu schwachen Effekten auch bei, dass es in diesem Modell auf die Passung zwischen familiärer Situation und Regelung ankommt, die in der Praxis aber nur teilweise herstellbar ist.

Bezüglich der starken These zum Wechselmodell ist die Situation deutlich anders. Als Leitbild wird nun wieder ein bestimmtes Betreuungsmodell in den Mittelpunkt gestellt. Aufgrund des Widerspruchs zum Fälle und Verläufe differenzierenden Trend in der Scheidungsforschung ist dieser Ansatz weniger in der Grundlagenforschung zu Trennungs- und Scheidungskindern verankert. Tatsächlich scheint die Literatur, in der für das Wechselmodell geworben wird, die großen Längsschnittstudien zu verschiedenen Einflussfaktoren auf die Entwicklung von Kindern nach Trennung und Scheidung nur sehr partiell zu verarbeiten. Wenn überhaupt wird der Beitrag dieser Studien zur Überwindung der ‚*tender years doctrine*', also der Vorstellung, dass jüngere Kinder bevorzugt von der Mutter versorgt werden sollten, gewürdigt und ansonsten besonders auf Verlustgefühle von Kindern gegenüber dem nicht mehr hauptsächlich betreuenden Elternteil als Risikofaktor bzw. einer weiter intensiven Beziehung als Ressource abgestellt.[32] Die im Rahmen der Passungshypothese entwickelten Empfehlungen zum Abwägen im Einzelfall erscheinen unter diesem Blickwinkel, als übertrieben vorsichtige, vielleicht auch halbherzige Ansätze und als Durchgangsstadium auf dem Weg zu einem Ansatz, der das

---

[31] *Robert Bausermann*, Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: a meta-analytic review, Journal of Family Psychology (16) 2002, 91-102; *Kari Lee Adamsons/Sara K. Johnson*, An Updated and Expanded Meta-Analysis of Nonresident Fathering and Child Well-Being, Journal of Family Psychology (27) 2013, 589-599.

[32] Vgl. etwa *Hildegund Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, abwechselnde Kinderbetreuung (Fn. 12), S. 259; *Richard A. Warshak*, Stemming the Tide of Misinformation: International Consensus on Shared Parenting and Overnighting, in: Journal of the American Academy of Matrimonial Law (30/1) 2017, 177, 179.

Aufrechterhalten in etwa gleichrangiger Beziehungen von Kindern zu beiden Elternteilen nach Trennung bzw. Scheidung in den Mittelpunkt rückt. Zumindest gelegentlich wird auch die gegenwärtige Achillesferse der Passungshypothese thematisiert, nämlich die Frage, ob sie anwendungstauglich ist, also die tatsächlichen Beratungs- und Entscheidungsprozesse der im Modell angelegten Komplexität in der Fläche gerecht werden können.[33]

Wird nun die empirische Evidenz hinsichtlich der starken These zum Wechselmodell untersucht, so stellt sich als erstes die Frage, ob nicht bereits der meta-analytische Befund nur schwach positiver Zusammenhänge[34] zwischen Wechselmodell und Kindeswohlindikatoren, der zuvor für die Akzeptanz der schwachen Hypothese gesprochen hatte, hier gleichzeitig Zweifel an der Gültigkeit der starken These wecken muss. Um diesen Zweifel nachvollziehen zu können ist es notwendig, nicht nur die Mittelwerte der Gruppen mit und ohne Wechselmodell zu vergleichen, sondern auch Maße für die Unterschiedlichkeit in den Untersuchungsstichproben.[35] Diese Maße, so wie sie etwa in der bereits angesprochen Meta-Analyse aufgelistet werden,[36] deuten auf häufig große Unterschiede unter den Kindern im Wechselmodell hin. Damit sind teils positive, teils negative Effekte möglich, was der starken These widersprechen würde. Da aber bislang diese Unterschiedlichkeit kaum näher untersucht und zu Referenzpunkten in Beziehung gesetzt wurde, erscheint die starke These an dieser Stelle nur geschwächt, nicht gescheitert. Zugunsten der starken These wird zudem in der Literatur teilweise argumentiert, auch schwache Effekte könnten praktisch bedeutsam sein, wenn sie viele Kinder betreffen würden. Erkennbar sei dies etwa beim Thema Kinderarmut.[37] Wird dieses Beispiel aufgegriffen, so ist es prinzipiell zutreffend, dass sog. distale Faktoren, wie etwa das Familieneinkommen, in Studien häufig nur schwache Ef-

---

[33] Siehe beispielsweise *Richard A. Warshak*, Securing Children's Best Interests While Resisting the Lure of Simple Solutions, in: Journal of Divorce and Remarriage (56) 2015, 57-79.

[34] Vgl. *Amandine Baude/Jessica Pearson/Sylvie Drapeau,* Child adjustment in joint physical custody versus sole custody: A meta-analytic review, Journal of Divorce & Remarriage (57) 2016, 338-360.

[35] Solche in der Diskussion häufig etwas vernachlässigten Maße sind etwa die Standardabweichung oder die Varianz.

[36] *Amandine Baude/Jessica Pearson/Sylvie Drapeau,* Child adjustment in joint physical custody versus sole custody: A meta-analytic review, Journal of Divorce & Remarriage (57) 2016, 338, 349.

[37] So etwa *Linda Nielsen*, Joint Versus Sole Physical Custody: Children's Outcomes Independent of Parent–Child Relationships, Income, and Conflict in 60 Studies, Journal of Divorce & Remarriage (59) 2018, 247, 281.

fekte auf Kindeswohlindikatoren ausüben.[38] Schwach sind die Effekte des Familieneinkommens vor allem aus drei Gründen: Erstens, weil die nachteiligen Wirkungen mangelnder finanzieller Ressourcen teilweise durch ein positives Erziehungsmilieu als proximalem Faktor, also den Alltag von Kindern unmittelbar prägendem Faktor, aufgefangen werden können. Zweitens, weil Steigerungen des Einkommens sich nur teilweise in förderliche Alltagserfahrungen von Kindern umsetzen. Drittens, weil oberhalb bestimmter Einkommensschwellen positive Effekte zusätzlichen Einkommens nicht mehr nachweisbar werden.

Auch beim Wechselmodell ist anzunehmen, dass es seine Wirkung ganz oder teilweise über proximale Prozesse im Alltag der Kinder entfaltet. Nur ist die Situation hier so, dass einige proximale Faktoren, wie etwa das elterliche Konfliktniveau oder eine problematische Eltern-Kind-Beziehung, potenziell positive Effekte des Wechselmodells ins Gegenteil verkehren können, da sie in Meta-Analysen einen im Vergleich zur Betreuungsregelung drei- bis vierfach stärkeren Einfluss auf Kindeswohlkriterien ausüben.[39] Zudem treten diese Umstände gerade im Vorfeld von und in Gerichtsverfahren besonders häufig auf. Da die starke These beansprucht für die meisten Kinder zu gelten, ist sie nur haltbar, wenn keine größeren Gruppen von Kindern herausfallen. Den Blick auf proximale Prozesse zu lenken, lässt aber vermuten, dass genau dies bei Teilgruppen von Kindern möglich ist. Vor diesem Hintergrund haben sich für mehrere Teilgruppen[40] von Kindern bzw. Familien Diskussionen entwickelt, ob Vorteile des Wechselmodells in dieser Teilgruppe belegbar oder nicht belegbar sind. Ein Streitpunkt betrifft etwa Kinder mit hochkonflikthaften Eltern. Wird diese Teilgruppe beispielhaft herausgegriffen, so wurde etwa zugunsten der starken These vorgetragen, ein hohes elterliches Konfliktniveau sei für alle Kinder, unabhängig von der Betreuungsregelung, schädlich[41] oder positive Effekte des Wechselmodells würden bei einer statistischen Kontrolle des

---

[38] Siehe etwa *Nicole Lyn Letourneau et al.*, Socioeconomic Status and Child Development: A Meta-Analysis, Journal of Emotional and Behavioral Disorders (21) 2013, 211-224.

[39] *Cheryl Buehler et al.*, Interparental Conflict and Youth Problem Behaviors: A Meta-Analysis, Journal of Child and Family Studies (6) 1997, 233-247.

[40] Zu nennen sind etwa Säuglinge und Kleinkinder, Kinder in der Adoleszenz, Kinder deren Eltern weiter voneinander entfernt wohnen sowie Kinder mit belasteten Beziehungen zu einem Elternteil und Kinder die persönlichkeits- oder erfahrungsbedingt viele Rückzugsräume und ein hohes Maß an Beständigkeit benötigen.

[41] Siehe etwa *Hildegund Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, abwechselnde Kinderbetreuung (Fn. 12), S. 355.

elterlichen Konfliktniveaus bestehen bleiben.[42] Teilweise wurde auch angemerkt, in manchen Fällen sei das Wechselmodell eine gute Kompromisslinie und daher manchmal geeignet, den Konflikt zwischen den Eltern zu verringern, da keiner der beiden Elternteile eine erhebliche Einschränkung des Kontaktes zum Kind hinnehmen müsse. Tatsächlich sind solche Fälle vorstellbar, wenn auch nicht bekannt ist, wie häufig sie sind und wie stabil das Wechselmodell als Befriedungsstrategie hier ist. Die generelle Befundlage zu Konfliktverläufen nach Trennung bzw. Scheidung sowie der Stabilität des Wechselmodells ist noch dünn, deutet aber darauf hin, dass es ein moderates Verfestigungsrisiko anfänglich heftiger Elternkonflikte gibt und das Wechselmodell vergleichsweise weniger stabil ist als andere Betreuungsregelungen.[43]

Die ansonsten vorgetragenen beiden Argumente, wonach das Wechselmodell bei Kindern mit hochkonflikthaften Eltern vergleichsweise genauso gut oder besser abschneidet, sind nicht überzeugend. Zum einen kommt es für die hier zu erörternde Problematik nicht darauf an, dass ein hohes elterliches Konfliktniveau generell für Kinder belastend ist, sondern es geht um die Frage, ob eine Wechselwirkung zwischen Konfliktniveau und Betreuungsregelung existiert, so dass Kinder bei einem hohen elterlichen Konfliktniveau durch mehr Kontakte zum getrenntlebenden Elternteil im Mittel überdurchschnittlich belastet werden. Tatsächlich zeigen mehrere Studien eine solche Wechselwirkung.[44] Die zweite Behauptung, posi-

[42] Vgl. etwa *Linda Nielsen*, Re-examining the research on parental conflict, coparenting, and custody arrangements, Psychology, Public Policy, and Law (23) 2017, 222.

[43] Befunde zu Konfliktverläufen finden sich etwa bei *Eleanor E. Maccoby/Robert H. Mnookin*, Dividing the Child, Social and Legal Dilemmas of Custody, Cambridge 1992; *Sylvie Drapeau et al.*, Post-separation conflict trajectories: a longitudinal study, Marriage & Family Review (45) 2009, 353-373. Daten zur vergleichsweise größeren Instabilität des Wechselmodells in großen Stichproben finden sich etwa bei *Anne-Rigt Poortman/Ruben van Gaalen*, Shared Residence After Separation: A Review and New Findings from the Netherlands, Family Court Review (55) 2017, 531-544; *David Pelletier*, Prévalence, déterminants et dynamique des arrangements de temps parental postséparation chez les enfants québécois nés à la fin des années 1990, Montréal 2017. Eine über alle Betreuungsarrangements annähernd gleich große Stabilität wird berichtet von *Lawrence M. Berger et al.*, The Stability of Child Physical Placements Following Divorce: Descriptive Evidence From Wisconsin, Journal of Marriage and Family (70) 2008, 273-283.

[44] Siehe etwa *Paul R. Amato/Sandra J. Rezac*, Contact with Nonresident Parents, Interparental Conflict, and Children's Behavior, Journal of Family Issues (15) 1994, 191–207; *Sabine Walper/Anna-Katharina Gerhard*, Entwicklungsrisiken und -chancen von Scheidungskindern: Neuere Perspektiven und Befunde, Praxis der Rechtspsychologie 13 (Sonderheft 1/2003), 91–113; *dies.*, Zwischen Risiko und Chance – Konsequenzen einer elterlichen Scheidung für die betroffenen Kinder, Persönlichkeitsstörungen: Theorie und Therapie (7) 2003, 105-116; *Sabine Walper/Mechtild Gödde*, Jugendliche und ihre Beziehung zum Vater: Ein Vergleich von Kern-, Tren-

tive Befunde zum Wechselmodell ließen sich auch bei statistischer Kontrolle des elterlichen Konfliktniveaus nachweisen, ist vor allem deshalb problematisch, weil verkannt wird, was die statistische Kontrolle eines dritten Faktors (hier des Konfliktniveaus) bezüglich des Zusammenhangs zwischen zwei anderen Faktoren (hier Betreuungsregelung und Kindeswohlaspekte) eigentlich bedeutet und was nicht. Der bei statistischer Kontrolle eines dritten Faktors übrigbleibende, sozusagen „bereinigte" Effekt bezieht sich nämlich auf die Situation in der Untersuchungsgruppe insgesamt und besagt gerade nicht, dass sich ein positiver Effekt auch in denjenigen Teilen der Stichprobe mit einem hohen oder höheren Konfliktniveau zeigt. Zudem kann nur kontrolliert werden, was in der Stichprobe überhaupt vertreten ist. Wenn also überwiegend Trennungsfamilien mit geringem bis mittlerem Konfliktniveau in einer Stichprobe vertreten sind, macht die statistische Kontrolle des Konfliktniveaus noch lange keine Aussagen über Familien mit höherem Konfliktniveau möglich. Werden gezielt diejenigen Studien herausgesucht, die einen Fokus auf Familien mit hohem Konfliktniveau legen, so werden dort unter Bedingungen häufiger Kontakte zu beiden Elternteilen zum Teil sehr deutliche negative Zusammenhänge zwischen elterlichem Konflikt und dem Wohlergehen von Kindern gefunden.[45] Da in Jurisdiktionen, die das Wechselmodell als bevorzugte Option propagieren, konflikthafte Beziehungen zwischen getrenntlebenden Eltern auch bei dieser Betreuungsform nicht selten sind,[46] und zudem weitere Gruppen von Kindern existieren,[47] für die Vorteile des Wechselmodells kritisch diskutiert wer-

---

nungs- und Stieffamilien, in: Beate H. Schuster/Hans-Peter Kuhn/Harald Uhlendorf (Hrsg.), Entwicklung in sozialen Beziehungen – Heranwachsende in ihrer Auseinandersetzung mit Familie, Freunden und Gesellschaft, Stuttgart 2005, 65–89; *Matthijs Kalmijn*, Father–Child Contact, Interparental Conflict, and Depressive Symptoms among Children of Divorced Parents, European Sociological Review (32) 2016, 68–80.

[45] Siehe etwa *Janet R. Johnston/Marsha Kline/Jeanne M. Tschann*, Ongoing postdivorce conflict: Effects on children of joint custody and frequent access, American Journal of Orthopsychiatry (59) 1989, 576-592; *Jennifer McIntosh/Richard Chisholm*, Cautionary notes on the shared care of children in conflicted parental separation, Journal of Family Studies (14) 2008, 37-52. Für eine aktuelle Forschungsübersicht siehe *Nicole E. Mahrer et al.*, Does Shared Parenting Help or Hurt Children in High-Conflict Divorced Families?, Journal of Divorce & Remarriage (59) 2018, 324-347.

[46] Etwa 10-15% häufige Meinungsverschiedenheiten aus Elternsicht und negative Einstellungen zueinander aus Interviewersicht in 20-25% der Fälle wurden in einer Zufallsstichprobe aus dem US-Bundesstaat Wisconsin festgestellt: *Marygold S. Melli/Patricia R. Brown*, Exploring A New Family Form – The Shared Time Family, International Journal of Law, Policy and the Family (22) 2008, 231-269.

[47] Zu nennen sind etwa sehr junge Kinder und Kinder in der Adoleszenz, Kinder deren Eltern weiter voneinander entfernt wohnen sowie Kinder mit belasteten Beziehungen zu einem Elternteil und Kinder die persönlichkeits- oder erfahrungsbedingt viele Rückzugsräume und ein hohes

den, erscheinen Zweifel an der Gültigkeit des grundlegenden Kriteriums einer robusten, praktisch bedeutsamen statistischen Assoziation zwischen Wechselmodell und Kindeswohlindikatoren begründet, wobei „robust" im Kontext der starken These notwendig bedeuten muss, dass positive Effekte tatsächlich für die große Mehrheit der Kinder aufzuzeigen sind.

Wird hinsichtlich des zweiten Bradford-Hill Kriteriums nach Längsschnittstudien gefragt, die belegen, dass sich Kinder tatsächlich durch das Wechselmodell vergleichsweise positiver entwickeln und nicht bereits von vorneherein als positiver entwickelt darstellen oder ansonsten vergleichsweise günstigere Entwicklungsvoraussetzungen aufweisen, so ist die Problematik einer möglichen Selektivität dieses Betreuungsmodells angesprochen. Es geht hier also um die Frage, ob die starke These, wonach das Wechselmodell die kindeswohldienlichste Regelung für die meisten Trennungskinder sei, auch dann noch aufrecht zu erhalten ist, wenn geprüft wird, ob die in vielen Studien gefundenen Vorteile für manche Kinder in diesem Modell in Wirklichkeit nicht auf das Betreuungsmodell, sondern auf die günstigeren Ausgangsvoraussetzungen dieser Kinder zurückzuführen sind, so dass sich diese vermutlich auch in anderen Betreuungsmodellen überdurchschnittlich gut entwickelt und positive Beziehungen zu beiden Elternteilen aufrecht erhalten hätten.

Eine maximal aussagekräftige Studie zur Beantwortung dieser Frage wäre längsschnittlich angelegt, würde bereits vor dem Scheitern einer Ehe bzw. Partnerschaft einsetzen und möglichst viele Aspekte der tatsächlichen Entwicklungsbedingungen eines Kindes einbeziehen. Solche Studien gab es schon einmal und zwar vor allem zu einer Zeit als sich westliche Gesellschaften angesichts steigender Scheidungszahlen über die Folgen für Kinder klar zu werden versuchten.[48] Damals war allerdings das Wechselmodell als Betreuungsregelung noch nicht geboren, so dass wir

Maß an Beständigkeit benötigen. Zu Betreuungsregelungen bei jeder dieser Gruppen von Kindern gibt es eine eigene Literatur und es ist im Rahmen dieses Kapitels nicht möglich alle zu besprechen. Gute Forschungsübersichten finden sich etwa bei Fn. 16 sowie bei *Bruce M. Smyth et al.*, Shared time parenting: Evaluating the Evidence of Risks and Benefits to Children (Fn. 14), 118-169.

[48] Siehe etwa *Yongmin Sun/Yuanzhang Li*, Children's Well-Being during Parents' Marital Disruption Process: A Pooled Time-Series Analysis, Journal of Marriage and Family (64) 2002, 472-488; *Lisa Strohschein*, Parental Divorce and Child Mental Health Trajectories, Journal of Marriage and Family (67) 2005, 1286-1300; *Jennifer M. Weaver/Thomas J. Schofield*, Mediation and moderation of divorce effects on children's behavior problems, Journal of Family Psychology (29) 2015, 39-48.

auf neue Studien mit einem solchen Design hoffen müssen. Bis dahin ist auf die gegenwärtige Befundlage zu verweisen, wonach Eltern, die im Fall einer Trennung das Wechselmodell auswählen oder sich auf einen entsprechenden Vorschlag einlassen, als Gruppe betrachtet ihren Kindern deutlich überdurchschnittlich viele Ressourcen und vergleichsweise günstigere Entwicklungsbedingungen bieten können.[49]

Diese überdurchschnittlich günstigen Entwicklungsbedingungen beinhalten sowohl ein von Eltern wie Kindern berichtetes geringeres Konfliktniveau vor der Trennung als auch eine bessere Zusammenarbeit.[50] Nun wird teilweise darauf verwiesen, auch bei einer statistischen Kontrolle des Familieneinkommens hätten sich Vorteile des Wechselmodells behauptet.[51] Allerdings hat sich gezeigt, dass die Kontrolle des Familieneinkommens zwar wichtig ist, aber in keiner Weise ausreicht um die überdurchschnittlich starken Ressourcen in Familien mit Wechselmodell zu erfassen.[52] In der Summe ist es daher eine sehr ernsthafte Möglichkeit, dass Selektionseffekte einen Teil oder Großteil beobachteter positiver Effekte des Wechselmodells erklären, Eltern also bei ihren Entscheidungen bewusst oder unbewusst die Ressourcen der Familie, die Stabilität des Kindes und Qualität der elterlichen Zusammenarbeit einbeziehen und diese Aspekte den weiteren Verlauf wesentlich bestimmen oder mitbestimmen. Wird die Beweislast für die starke These bei den Proponenten dieses Modells gesehen, scheitert die starke These derzeit spätestens an dieser Stelle. Wird angenommen, unser gegenwärtiges Modell wie die starke These würden gleichermaßen unter einem Rechtfertigungsdruck stehen, so wird die starke These durch die Befunde zu möglichen Selektionseffekten geschwächt, aber es wäre dann auch darauf hinzuweisen, dass ohne Längsschnittstudien die tatsächliche Bedeutung von Selektionseffekten nicht sicher abzuschätzen ist und ein Modell mit verschiedenen Optionen für Eltern oder (im Konfliktfall) Gerichten aufgrund fehlenden Orientierungswissens unabsichtlich zu ungünstigen Ent-

---

[49] Vgl. *Sabine Walper*, Arrangements elterlicher Fürsorge nach Trennung und Scheidung: Das Wechselmodell im Licht neuer Daten aus Deutschland (Fn. 16).

[50] Siehe etwa *Ed Spruijt/Vincent Duindam*, Joint Physical Custody in The Netherlands and the Well-Being of Children, Journal of Divorce & Remarriage (51) 2010, 65-82.

[51] Vgl. *Linda Nielsen*, Joint Versus Sole Physical Custody: Children's Outcomes Independent of Parent–Child Relationships, Income, and Conflict in 60 Studies, Journal of Divorce & Remarriage (59) 2018, 247-281.

[52] *Emma Fransson et al.*, The Living Conditions of Children with Shared Residence – the Swedish Example, Child Indicators Research (11) 2018, 861-883.

scheidungen führen kann, weshalb Studien zur Klärung der Situation erforderlich sind.

Weitere Bradford-Hill Kriterien, wie etwa die Frage, ob es eine Rolle spielt, wie lange und in welchen Lebensabschnitten ein Kind im Wechselmodell gelebt hat (Dosiseffekt) oder die Frage nach den Wahrnehmungs- und Verarbeitungsprozessen bei Kindern, die zu positiven, ausbleibenden oder belastenden Effekten des Wechselmodells beitragen, wurden bislang noch kaum beforscht. Besonders schmerzlich sind die Wissenslücken bezüglich der Bedeutung der Gedanken und Gefühle von Kindern, da wir insgesamt über die inneren Welten von Trennungs- und Scheidungskindern, insbesondere Kindern von hochstrittigen Eltern,[53] in den letzten beiden Jahrzehnten sehr viel gelernt haben und ein stärker kindbezogener Ansatz Forschung, Jugendhilfe und Familiengerichtsbarkeit gut zu Gesicht stehen würde. Immerhin gibt es erste Modelle, welche Vermittlungswege insgesamt zu untersuchen wären, die bislang aber nur an schwachen, also wenig aussagekräftigen Daten getestet wurden.[54]

In der Summe lässt sich festhalten, dass der starken These sicher keine starke Befundlage entspricht. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Bradford-Hill Kriterien, als auch dann, wenn das System bekannter Risiken für die Validität (Aussagekraft) an die vorhandenen Studien angelegt wird.[55] Da positive statistische Effekte auf der Gruppenebene bei Kindern im Wechselmodell schwach sind, ist fraglich, ob tatsächlich eine große Mehrheit der Kinder profitiert. Zudem deuten mehrere Studien auf erhebliche Selektionseffekte hin, d.h. auf die Möglichkeit, dass weniger das Wechselmodell für die große Mehrheit der Kinder vorteilhaft ist als vielmehr die große Mehrheit der Kinder, deren Eltern sich auf das Wechselmodell verständigen, überdurchschnittlich gute Entwicklungsvoraussetzungen mitbringt. Ein starkes Argument gegen eine Akzeptanz der starken These zum Wechselmodell stellen zudem Befunde dar, wonach das Wechselmodell unter ungünstigen Umständen,

---

[53] *Gordon T. Harold/Ruth Sellers*, Annual Research Review: Interparental conflict and youth psychopathology: an evidence review and practice focused update, Journal of Child Psychology and Psychiatry (59) 2018, 374-402; *Ernest N. Jouriles/Renee McDonald/Chrystyna D. Kouros*, Interparental conflict and child adjustment, in: Dante Cicchetti (Hrsg.), Developmental Psychopathology, Vol. 3, New Jersey 2016, 608-658.

[54] Siehe etwa *Nele Havermans et al.*, Children's Post-Divorce Living Arrangements and School Engagement: Financial Resources, Parent-Child Relationship, Selectivity and Stress, Journal of Child and Family Studies (26) 2017, 3425-3438.

[55] *Sanford L. Braver/Ashley M. Votruba*, Does Joint Physical Custody "Cause" Children's Better Outcomes?, Journal of Divorce & Remarriage (59) 2018, 452-468.

beispielsweise einem hohen elterlichen Konfliktniveau, schädlicher sein kann als andere Betreuungsregelungen.

IV. Fazit

Zusammenfassend wird also derzeit vorgeschlagen, die schwache These, wonach das Wechselmodell für manche Trennungskinder die kindeswohldienlichste Regelung darstellt, zu akzeptieren und entsprechend dafür Sorge zu tragen, dass nicht unbegründet gegen das Wechselmodell diskriminiert wird. Dies ist umso dringlicher als angesichts einer wachsenden Anzahl an Familien, in denen sich beide Elternteile vor der Trennung intensiv an der Betreuung der Kinder beteiligen, zu erwarten ist, dass das Interesse am Wechselmodell als Betreuungsform noch zunimmt. Weiter wird empfohlen die starke These, d.h. die Annahme, das Wechselmodell sei für die große Mehrheit der Trennungskinder die kindeswohldienlichste Betreuungsregelung, als teilweise widerlegt, zumindest aber unbegründet zurückzuweisen. In der Zukunft sind hier Synthesen zwischen einer abgeschwächten starken These zum Wechselmodell und der Passungshypothese zu erwarten, also Vorschläge, die spezifizieren unter welchen Umständen positive Effekte des Wechselmodells wahrscheinlich sind, wann dieses Modell also „passt“. Für damit nötig werdende Auswahlentscheidungen von Eltern, mit oder ohne Beteiligung von Beratungsinstitutionen oder der Beteiligung von Gerichten, wird Orientierungswissen benötigt. Optimal wäre ein gleichlaufender Prozess der rechtlichen Ausgestaltung des Wechselmodells und der Beforschung dieses Modells im deutschen Rechtskontext, da hierdurch Auswahlfehler minimiert werden können. Angesichts des nicht mehr ganz am Anfang stehenden Forschungsstandes kommt es dabei nicht darauf an, weitere vom Forschungsdesign her schwach aussagekräftige Studien zur Befundlage hinzuzufügen. Benötigt werden vielmehr vergleichend angelegte Längsschnittstudien. Angesichts einer nicht zu übersehenden Konflikthaftigkeit in der Fachdiskussion, mit teils wechselseitigen Angriffen und Unterstellungen, aber auch Aufrufen zur wissenschaftlichen Neutralität zurückzukehren,[56] ist es zudem sinnvoll die Forschungsliteralität wesentlicher Entscheidungsträger zu stärken, von denen zu Recht erwartet wird, die empirischen Befundlagen zu verstehen und einzubeziehen.

---

[56] *Linda Nielsen*, Woozles: Their role in custody law reform, parenting plans, and family court, Psychology, Public Policy, and Law (20/2) 2014, 164-180; *Robert E. Emery et al.*, “Bending” Evidence for a Cause: Scholar-Advocacy Bias in Family Law, Family Court Review (54) 2016, 134-149.

Das Wechselmodell in der gerichtlichen Praxis

Heike Hennemann

I. Einleitung

Dogmatische Überlegungen zum Wechselmodell – Regelung des Umgangs oder der Sorge, Möglichkeit der Anordnung gegen den Willen eines Elternteils, Bedeutung des Kindeswillens – sind die eine Seite, demgegenüber steht aber der konkrete Einzelfall, der einer gerichtlichen Entscheidung bedarf. Im Folgenden sollen daher die häufigsten Probleme in der gerichtlichen Praxis bzw. typische Fallkonstellationen dargestellt werden; dabei soll auch auf die Auswirkungen der Entscheidung des BGH vom 1.2.2017 – XII ZB 601/15[1] – in der Praxis eingegangen werden. Die Darstellung beruht dabei ausschließlich auf eigenen Erfahrungen und nicht auf einer statistischen Auswertung veröffentlichter Entscheidungen.

Vorab sind einige Begrifflichkeiten zu klären: Der Begriff des Wechselmodells wird nachfolgend ausschließlich als ein paritätisches Wechselmodell verstanden, mithin eine Betreuung des Kindes durch die Eltern zu gleichen zeitlichen Anteilen. Klargestellt werden muss auch, dass die Begrenzung der Problematik des Wechselmodells auf Fälle in der gerichtlichen Praxis nicht den Blick davor verschließen darf, dass nur ein Bruchteil der Familien, die das Wechselmodell praktizieren bzw. praktiziert haben, Gegenstand von Gerichtsverfahren sind. Es gibt daneben eine Vielzahl von Eltern, die sich einvernehmlich für eine Betreuung in Form eines Wechselmodells entschieden haben. Zur Kenntnis gelangt dies allenfalls noch am Rande bei denjenigen Eltern, die verheiratet sind und sich scheiden lassen. Nicht selten enthält der Scheidungsantrag die Mitteilung, dass für die gemeinsamen minderjährigen Kinder nicht nur die gemeinsame Sorge fortbestehen soll, sondern diese auch im Wechselmodell betreut werden. Da die Kinder im Scheidungsverfahren ohne streitige Sorgeentscheidung nicht mehr angehört werden, weiß zwar niemand, wie es den Kindern dabei geht, aber dies gilt auch für jede andere Regelung der Betreuung nach der Trennung. Man sollte sich also immer davor hüten, Aussagen über das Wechselmodell im Gerichtsverfahren zu verallgemeinern. Gegenstand der nachfolgenden Erörterung sind auch nicht die hochkonflikthaften Familien, die meist durch eine mehrjährige gerichtliche Geschichte mit entsprechenden Verfahren zur elterlichen Sorge und Umgang verbunden sind.

Nicht erfasst werden auch die Fälle, in denen das Kind nicht durch seine Eltern, sondern durch einen Elternteil und einen Dritten im Wechsel betreut wird. Diese Konstellation kann z.B. im Rahmen der Rückführung eines Kindes aus der Pflege-

[1] BGH, FamRZ 2017, 532 = NJW 2017, 1815.

familie zu seinen leiblichen Eltern vorkommen. Diese Fallgestaltung dürfte aufgrund der häufig vorhandenen traumatischen Bindungsabbrüche des Kindes im Vorfeld einer Fremdunterbringung sicherlich allenfalls in wenigen Ausnahmefällen in Betracht kommen.

II. Fallkonstellationen

In der gerichtlichen Praxis lassen sich hinsichtlich des Wechselmodells zwei große Fallgruppen unterscheiden. Zum einen handelt es sich um Verfahren, in denen ein Elternteil das Wechselmodell gerne erstmals installiert haben möchte. Dies dürfte den Hauptanteil an Gerichtsverfahren zum Wechselmodell ausmachen. Bis zur Entscheidung des BGH vom 1.2.2017[2] sind derartige Anträge überwiegend bereits daran gescheitert, dass die Mehrzahl der Oberlandesgerichte[3] eine gerichtliche Regelung nicht für möglich erachtete, da das Wechselmodell als Sorgerechtsregelung begriffen wurde, §1671 Abs. 1 BGB aber nur die Übertragung von Teilen der Sorge oder der Sorge insgesamt auf einen Elternteil vorsieht. Nach der Entscheidung des BGH vom 1.2.2017 soll zumindest bei gemeinsamer Sorge die paritätische Betreuung des Kindes durch beide Eltern eine Umgangsregelung darstellen und damit nach der Gesetzeslage möglich sein.[4] Auf besondere Probleme bei der Alleinsorge wird daher gesondert einzugehen sein. Daneben ist das Wechselmodell dann Gegenstand gerichtlicher Verfahren, wenn dieses bislang einvernehmlich praktiziert worden ist, nunmehr aber ein Elternteil dieses Wechselmodell aufkündigen will. Ein Wechselmodell kommt aber nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen in Betracht, die auf Seiten der Eltern wie auch auf Seiten der Kinder gegeben sein müssen. Diese Voraussetzungen sollen zunächst dargestellt werden, bevor ich auf besondere Schwierigkeiten im Einzelfall und auch die Besonderheiten bei der Auflösung des Wechselmodells eingehe.

---

[2] BGH, FamRZ 2017, 532.

[3] OLG Thüringen, FamRZ 2016, 2126, 2127; OLG München, FamRZ 2016, 2120, 2121; OLG Dresden, MDR 2016, 1456; OLG Nürnberg, FamRZ 2016, 2119, 2120; OLG Naumburg, FamRZ 2015, 764, 765; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2015, 133, 136; OLG Schleswig, SchlHA 2014, 456; OLG Brandenburg, FF 2012, 457, 458.

[4] BGH, FamRZ 2017, 532 Rn. 15 ff. Zur Kritik hieran: *Deutscher Familiengerichtstag,* Gerichtliche Anordnung eines paritätischen Wechselmodells: BGH, Beschluss v. 1.2.2017 - XII ZB 601/15, FamRZ 2017, 584; *Heike Hennemann,* Das Wechselmodell als Umgangsregelung – eine überzeugende Lösung?, NJW 2017, 1787; *Martin Löhnig*, Der Wechselmodellbeschluss des BGH: Stellenwert und sorgerechtliche Folgen, FF 2017, 429.

III. Voraussetzungen für ein Wechselmodell

1. Alter des Kindes

Dass das Wechselmodell nicht für jedes Kind in Betracht kommt, sondern jeweils die individuelle Persönlichkeit eines Kindes maßgeblich ist, liegt auf der Hand. Es gibt darüber hinaus aber auch ein allgemeines Kriterium, wonach zu unterscheiden ist, ob ein Wechselmodell überhaupt in Betracht kommt. Dies ist das Alter des Kindes.

a) Kinder bis zum Alter von 3 Jahren

Bei Säuglingen und Kleinkindern kommt es in der Praxis bei Eltern, die zusammengelebt haben und sich in den ersten Lebensmonaten oder -jahren des Kindes trennen, in der ersten Zeit nach der Trennung gar nicht so selten zu einer speziellen Form des Wechselmodells, nämlich dem „Nestmodell", das sonst kaum eine Bedeutung hat. Die Betreuung des Kleinkindes findet weiterhin in der ursprünglich gemeinsamen Wohnung statt, so dass sich für das Kind zunächst wenig ändert. Regelmäßig wird von den Eltern diese Art der Betreuung aber nur für eine kurze Zeit durchgehalten. Der Elternteil, der ausgezogen ist, wünscht sich alsbald, dass er das Kind zu sich nehmen und den Umgang in seiner gewohnten Umgebung ausüben kann, wenn er sich selbst wieder wohnlich niedergelassen hat. Der Elternteil, der mit dem Kind in der ursprünglich gemeinsamen Wohnung verblieben ist, ist es schnell leid, dass er weichen muss, wenn der andere Elternteil kommt. Zudem wird auch häufig der Aufenthalt des ausgezogenen Elternteils im nunmehr eigenen Wohnbereich misstrauisch beäugt. Nicht selten kommt es nach einer zunächst einvernehmlichen Trennung dann auch zu ersten Problemen, insbesondere wenn die Regelung finanzieller Folgen der Trennung ansteht. Diese besondere Form des Wechselmodells ist zudem regelmäßig nicht nur kurz, sondern auch nicht paritätisch, da die Betreuung durch den ausgezogenen Elternteil zwar immer an mehreren Tagen in der Woche, aber meist nur für wenige Stunden stattfindet.

Das Wechselmodell in Form eines paritätischen Doppelresidenzmodells kommt bei Kindern in diesem Alter im Übrigen regelmäßig nicht in Betracht. Zum einen werden die Säuglinge häufig noch gestillt, so dass schon aus diesem Grund eine Trennung von der Mutter für längere Zeit ausgeschlossen ist. Aber auch wenn dies nicht der Fall sein sollte bzw. das Kind schon älter ist, d.h. hier zwischen dem 1. und dem 3. Lebensjahr, ist ein Wechselmodell regelmäßig nicht mit dem Kindes-

wohl vereinbar. Denn für das Kind ist es grundsätzlich wichtig, dass es in seiner Bindungsphase, die regelmäßig ungefähr bis zum 3. Lebensjahr andauert, die Erfahrung macht, dass es sich nicht nur auf seine Bezugspersonen verlassen kann, sondern auch in einem ihm vertrauten Umfeld aufwächst. Der ständige Wechsel des Kindes von einem Haushalt in den anderen ist gerade bei Kleinkindern mit Skepsis zu begleiten, denn nicht selten sind die Kinder dadurch irritiert, verunsichert und erleiden in der wichtigen Bindungsphase Brüche, die sich letztendlich in ihrer weiteren Entwicklung negativ auswirken können.[5]

b) Kinder im Alter ab 13 Jahren

Für Kinder ab dem 13. Lebensjahr und älter, manchmal auch bereits für jüngere Kinder, stehen zunehmend die eigenen Bedürfnisse im Vordergrund und die Peergroup gewinnt an Bedeutung.[6] Zwar kann auch der Umgang mit Kindern in diesem Alter noch gerichtlich geregelt werden, aber jegliche Umgangsregelung wird nur noch mit Zustimmung des Kindes möglich sein.[7] Dies gilt auch, soweit das Kind noch nicht 14 Jahre alt und damit verfahrensfähig gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG ist. Denn mit zunehmendem Alter gewinnt der Kindeswille an Bedeutung und eine Umgangsregelung gegen den Willen des Kindes ist dann regelmäßig nicht mehr umsetzbar. Letztendlich stimmen diese Kinder dann auch „mit den Füßen" ab, indem sie sich entsprechenden Umgangsregelungen zunehmend widersetzen, wenn diese nicht mehr mit ihren eigenen Vorstellungen übereinstimmen.

c) Kinder zwischen 3 und 12 Jahren

Das Wechselmodell wird daher hauptsächlich bei Kindern im Alter zwischen 3 und 12 Jahren als eine adäquate Form der Betreuung in Betracht kommen.

---

[5] *Josef Salzgeber*, Familienpsychologische Gutachten, München 2015, Rn. 527; siehe hierzu auch *Heinz Kindler/Sabine Walper,* Das Wechselmodell im Kontext elterlicher Konflikte, NZFam 2016, 820, 822.

[6] *Sabine Walper*, Arrangements elterlicher Fürsorge nach Trennung und Scheidung: Das Wechselmodell im Licht neuer Daten aus Deutschland, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 19, Bielefeld 2016, 99, 104.

[7] *Harry Dettenborn/Eginhard Walter*, Familienrechtspsychologie, München 2016, S. 233; KG, FamRZ 2011, 122: Keine Regelung mehr, wenn ein 16-jähriges Kind Kontaktaufnahme selbst bestimmen will.

2. Erziehungsgeeignetheit der Eltern

Auch wenn für eine Umgangsregelung die Frage der Erziehungsgeeignetheit eines Elternteils nur insoweit eine Rolle spielt, als das Kindeswohl durch den Umgang nicht gefährdet sein darf, § 1684 Abs. 4 S. 1 BGB, ist für die Anordnung eines Wechselmodells die Erziehungsfähigkeit der Eltern regelmäßig Voraussetzung.[8] Da das Kind von beiden Eltern zu gleichen Anteilen betreut werden soll, ist im Regelfall zu verlangen, dass beide Eltern grundsätzlich auch in der Lage sind, diese Erziehungsaufgaben zu übernehmen. Im Rahmen des Regelumganges stehen Erziehungsaufgaben nicht im Vordergrund, anders ist es bei einer regelmäßigen paritätischen Betreuung des Kindes.

Allerdings erlebt man in der Praxis auch Fälle, in denen das Wechselmodell gerade deshalb eingerichtet wird, damit die eingeschränkte Erziehungsfähigkeit des bislang betreuenden Elternteils ausgeglichen werden kann. Dies soll nicht selten dann dadurch geschehen, dass der bislang umgangsberechtigte Elternteil stärker in die Erziehung eingebunden wird und damit Defizite des anderen Elternteils ausgleichen bzw. korrigieren kann. Ob diese Wechsel einem Kind zumutbar sind, kann nur im Einzelfall entschieden werden, wobei auch immer zu berücksichtigen sein wird, wie hoch die Defizite in der Erziehungsfähigkeit sind und mit welchen anderen Mitteln eine mögliche Gefahr für das Kindeswohl ansonsten abgewendet werden könnte.

3. Räumliche Nähe der Eltern

Die Eltern sollen regelmäßig in einer geringen Entfernung voneinander wohnen. Dem Kind soll es möglich sein, von beiden Elternhäusern den Kindergarten (Kita) oder die Schule zu besuchen. Eine Kontinuität des sozialen Umfelds sollte bestehen.[9] Im ländlichen Raum spielt damit das Wechselmodell im Gegensatz zur Stadt und insbesondere zur Großstadt kaum eine Rolle. Hier leben die Eltern entweder von vornherein in größerer Distanz zueinander oder nach der Trennung zieht ein Elternteil aus dem Dorf/Kleinstadt in eine andere größere Stadt. Es liegt auf der

---

[8] BGH, FamRZ 2017, 532 Rn. 25; *Stephan Hammer*, Die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells, FamRZ 2015, 1433, 1441.

[9] *Kerima Kostka*, Das Wechselmodell als Leitmodell?, Streit 2014, 147, 151; *Margarethe Bergmann*, Das Wechselmodell im familiengerichtlichen Verfahren, ZKJ 2013, 489, 490; so auch *Hildegund Sünderhauf*, Vorurteile gegen das Wechselmodell: Was stimmt, was nicht? – Argumente in der Rechtsprechung und Erkenntnisse aus der psychologischen Forschung (Teil II), FamRB 2013, 327, 334.

Hand, dass bei derartigen räumlichen Entfernungen ein Wechselmodell nicht praktikabel ist.[10] Eltern sehen dies aber, zumindest solange das Kind noch nicht schulpflichtig ist, in einigen Fällen anders und halten es dem Kind für zumutbar, den Kindergarten jeweils am Aufenthaltsort des jeweiligen Elternteils zu besuchen. Dies scheitert häufig daran, dass das Kind nur einen Gaststatus erhält. Spätestens mit der Einschulung sind derartige Modelle nicht mehr praktikabel. Allerdings darf man auch nicht verschweigen, dass es in der Großstadt nicht selten vorkommt, dass Eltern bewusst eine besondere Schule für ihr Kind auswählen, die nicht im Einzugsbereich liegt, so dass das Kind in jedem Fall – zum Teil erhebliche – Fahrtzeiten zurückzulegen hat.

4. Hohe Kooperationsbereitschaft und gute Kommunikationsfähigkeit der Eltern

Das Wechselmodell setzt voraus, dass die Eltern in der Lage sind, miteinander zu kooperieren.[11] Die Durchführung des Wechselmodells im Alltag bedarf einer Vielzahl von Absprachen. Beide Eltern sollten darüber informiert sein, was sich in der Kita oder in der Schule ereignet. Beide Eltern müssen sich darüber einig sein, wie die ärztliche Betreuung des Kindes stattfinden soll. Dies betrifft die Auswahl eines Arztes ebenso wie die Art der Behandlung. Die Freizeitgestaltung muss besprochen werden. Dem Kind muss es möglich sein, sportlichen oder musischen Aktivitäten in jeder Woche nachzugehen. Es sollte von beiden Eltern in ihrer Betreuungszeit zu derartigen außerschulischen Aktivitäten begleitet werden. Dies ist aber alles nur möglich, wenn die Eltern gut miteinander kommunizieren. Für das Kind ist es wichtig, dass es einheitliche Eltern erlebt.[12] Diese können zwar durchaus unterschiedliche Erziehungsstile haben, aber von dem Kind ist nicht zu verlangen, dass es sich mit jedem Wechsel auf ein ganz anderes Elternhaus einstellt. Das Kind ist auch nicht dazu da, Botschaften der Eltern zu übermitteln. Das Wechselmodell

---

[10] Ausnahmen bestätigen aber die Regel: Fallbeispiel VG Schleswig, Beschluss vom 9.10.2017 – 9 A 257/16 – juris zur Problematik der Schülerbeförderung bei der Doppelresidenz des Kindes in zwei Städten.

[11] *Stefan Heilmann*, Kindeswohl und Wechselmodell, NJW 2015, 3346, 3347; *Beate Jockisch*, Das Wechselmodell – Grundlagen und Probleme (Teil 1), FuR 2013, 679, 682; BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 30; KG, FamRZ 2017, 1409; OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, 1736, 1738; OLG Naumburg, FamRZ 2014, 50; OLG München, FamRZ 2013, 1822; restriktiver: *Stephan Hammer*, Die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells, FamRZ 2015, 1433, 1441; a.A. *Hildegund Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Wiesbaden 2013, S. 124.

[12] *Martin Löhnig*, Der Wechselmodellbeschluss des BGH: Stellenwert und sorgerechtliche Folgen, FF 2017, 429, 431.

funktioniert letztendlich nur, wenn es weiterhin ein Elternhaus gibt, dass aber auf zwei Wohnungen verteilt ist. Nicht das Kind hat die Anpassungsleistungen zu liefern, sondern die Eltern, die ihr Kommunikationsverhalten und ihren Umgang miteinander darauf einzustellen haben. Auch hinsichtlich der Erziehung sollten die Eltern sich weitestgehend einig sein, wobei dies nicht bedeutet, dass ein Erziehungsstil präferiert wird, aber für das Kind muss klar sein, dass die Eltern eine Einheit bilden und es diese nicht gegeneinander ausspielen kann. Regeln in einem Haushalt können nicht in dem anderen unterlaufen werden. Dass dies gegenseitigen Respekt und Achtung seitens der Eltern voraussetzt, liegt auf der Hand. Es ist daher ein Trugschluss anzunehmen, dass nur wegen der gegenüber einem ausgeweiteten Regelumgang reduzierten Anzahl von Wechseln des Kindes und damit verringerten Übergaben eine „parallele Elternschaft" für ein kindeswohldienliches Wechselmodell ausreichend sei.[13] Eltern, die aufgrund ihres Konfliktniveaus meinen, nur per SMS/WhatsApp kommunizieren zu können, dürften in der Regel kaum geeignet sein, ein Wechselmodell auszuüben.

5. Fortführung eines bereits bei Trennung praktizierten Betreuungsmodells

Das Wechselmodell verlangt von einem Kind viel, denn es muss ständig zwischen zwei Wohnsitzen hin und her pendeln. Gleichwohl kann ein Kind von einem funktionierenden Wechselmodell unzweifelhaft auch profitieren, weil es seine Beziehungen zu beiden Elternteilen gleich ausleben kann. Wegen der Anforderungen an ein Wechselmodell wird dieses bei einer Trennung der zusammenlebenden Eltern im Regelfall nur dann in Betracht kommen, wenn ein bislang bereits praktiziertes Betreuungsmodell der Eltern nach der Trennung fortgeführt werden soll.[14] Dies bedeutet, dass das Wechselmodell in all den Fällen, in denen es eine klare Rollenzuteilung während des Zusammenlebens gegeben hat, nach der Trennung zunächst keine geeignete Betreuungsform ist. Denn das Kind wird durch den Verlust eines Elternteils aufgrund der Trennung und des damit verbundenen Auszugs regelmäßig tief verunsichert. Die Vorstellung, dass diese negativen Folgen für das Kind dadurch aufgefangen werden können, in dem es nunmehr im gleichen Maße den

---

[13] *Harry Dettenborn/Eginhard Walter*, Familienrechtspsychologie (Fn. 7), S. 228 f.; *Josef Salzgeber*, Das Wechselmodell, NZFam 2014, 921, 928; *Sabine Walper,* Arrangements elterlicher Fürsorge nach Trennung und Scheidung (Fn. 6), 99, 104; a.A. *Hildegund Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie - Recht - Praxis (Fn. 11), S. 119 ff.

[14] Dazu *Harry Dettenborn/Eginhard Walter*, Familienrechtspsychologie (Fn. 7), S. 226 f.; *Stephan Hammer*, Die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells, FamRZ 2015, 1433, 1441; *Jürgen Schmid*, Wechselmodell, Definition, Voraussetzungen, rechtliche Funktion der Alltagssorge, NZFam 2016, 818, 819; BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 29.

ausziehenden Elternteil aufsucht, wie es beim betreuenden Elternteil verbleibt, beachtet nicht, dass die Verunsicherung des Kindes noch dadurch verstärkt wird, wenn es nunmehr auch seine Hauptbezugsperson verliert. Dies kann massive Auswirkungen auf die Bindungsfähigkeit von Kindern haben.[15]

Das bedeutet allerdings nicht, dass das Wechselmodell nur dann in Betracht kommt, wenn es zuvor ein entsprechendes Betreuungsmodell gegeben hat. Vielmehr kann sich auch aus einem Regelumgang zu gegebener Zeit ein Wechselmodell entwickeln. Dies setzt dann voraus, dass entsprechende starke Beziehungen des Kindes zum bislang umgangsberechtigten Elternteil vorhanden sind und das Wechselmodell auch dem Kindeswillen und -wohl entspricht.

Damit kann auch ein Wechselmodell bei Eltern in Betracht kommen, die nie ein Zusammenleben geplant haben. Ein Beispiel hierfür sind „Regenbogenfamilien".[16] Beide Familien „planen" das Kind. Häufig wird daher auch ein Regenbogenfamilienvertrag aufgesetzt, in dem leibliche Eltern nebst ihrem Partner bzw. ihrer Partnerin ganz konkret regeln, wie die spätere Betreuung aussehen soll. Hierbei kann auch vor der Zeugung des Kindes der Wunsch bzw. die Absprache bestehen, dass das Kind später einmal im Wechselmodell betreut wird. Regelmäßig erleben die Eltern dann aber, dass die Wirklichkeit sich anders gestaltet. Da das Kind zunächst während der Säuglingszeit bei seinen Müttern als Hauptbetreuungspersonen aufwächst, verliert die Vorstellung eines Wechselmodells gemäß einer vorherigen Vereinbarung für diese an Faszination. Hinzu kommt, dass auch der Charakter des Kindes für die zukünftige Betreuung ganz ausschlaggebend ist. Zudem ist zumindest bislang in Anhörungsterminen eine besondere Dynamik zwischen der Co-Mutter und dem leiblichen Vater zu beobachten, da die rechtliche Stellung der Co-Mutter gegenüber dem leiblichen Vater schwächer ausgestaltet ist, obwohl zwischen den Müttern und deren Beziehung zu ihrem Kind kaum Unterschiede bestehen. Ob sich dies im Rahmen der nunmehr möglichen gleichgeschlechtlichen Ehe ändern wird, erscheint eher fraglich.

---

[15] *Harry Dettenborn/Eginhard Walter*, Familienrechtspsychologie (Fn. 7), S. 203.

[16] Hier verstanden als Familie, bei der auf Elternseite eine lesbische und eine schwule Partnerschaft besteht – auch als queer-familiy bezeichnet, siehe auch *Elke Jansen/Manfred Bruns/Angela Greib/Michaela Herbertz-Floßdorf,* Regenbogenfamilien – alltäglich und doch anders, Köln 2014, S. 59 ff. https://www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/family/Beratungsfuehrer/Broschuere_LSVD_barrierefrei_September.pdf).

6. Kindeswohl und Kindeswille

a) Bedeutung von Kindeswohl und Kindeswille

Wie bei allen Sorge- und Umgangsentscheidungen sind der Wille des Kindes und das Kindeswohl zu beachten. Dies hat auch der BGH in seiner jüngsten Entscheidung zum Wechselmodell nochmals betont.[17] Auch in den bisherigen veröffentlichten Gerichtsentscheidungen waren der Kindeswille bzw. das Kindeswohl gemäß § 1697a BGB schon immer maßgebend.[18] Dies ist daher auch keine Besonderheit des Wechselmodells, aber in gerichtlichen Verfahren zum Wechselmodell ist die Eruierung des Kindeswillens wie auch die Feststellung des Kindeswohls nicht selten schwierig. Der Kindeswille wird in das Verfahren durch den Verfahrensbeistand, der bei einem Verfahren, bei dem ein Wechselmodell ernsthaft in Betracht kommt, regelmäßig gemäß § 158 Abs. 1 FamFG zu bestellen sein dürfte, in das Verfahren eingebracht. Zudem ist das Kind selbstverständlich regelmäßig anzuhören (§ 159 FamFG);[19] dies gilt bei einem Beschwerdeverfahren auch für die zweite Instanz. Das Dilemma hierbei ist, dass gerade in kniffligen Entscheidungen dem Kindeswillen eine ganz erhebliche Bedeutung zukommen kann. Kinder sollen keine Entscheidungen treffen, aber gerade beim Wechselmodell ist die Gefahr sehr groß, dass die Verantwortung letztendlich doch auf das Kind verlagert wird.[20] Will man vermeintlich dem Wunsch des Kindes entsprechen, so ist doch zu bedenken, dass ein Kind kaum abschätzen kann, was ein Wechselmodell konkret für das Kind bedeutet. Kinder sind gegenüber ihren Eltern unendlich loyal und haben gerade in der Trennungszeit, aber auch noch Jahre danach, nur den Wunsch, dass ihre Eltern endlich wieder zusammenkommen. Da dies nicht möglich ist, versuchen Kinder, ihre Eltern gleich zu behandeln und keinen hintenanzustellen. Kinder haben ein hohes Bedürfnis nach Fairness, sie wollen nicht, dass ein Elternteil ein Verlierer

[17] BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 25 ff.

[18] OLG Stuttgart, NJW-RR 2017, 1284, 1285; OLG Thüringen, FamRZ 2016, 2122, 2124; OLG Hamburg, FamRZ 2016, 912, 913 f.; OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, 1736, 1739; OLG Schleswig, SchlHA 2014, 456, 458; KG, FamRZ 2012, 886, 887.

[19] So auch BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 32.

[20] Vgl. auch MüKoBGB/*Hennemann*, 7. Aufl. 2017, § 1671 BGB Rn. 68 f. Ein Beispiel für die Verantwortung des Kindes (hier 6 Jahre alt) ist der Entscheidung KG, FamRZ 2012, 886, 887 zu entnehmen: „Sie hat damals auf die konkrete Frage, bei welchem Elternteil sie leben wolle, geschwiegen und erst auf die Frage, ob sie sich vorstellen könne, bei jedem Elternteil gleich lang zu bleiben, völlig überraschend und mit großer Erleichterung geäußert, dass sie sich das vorstellen könne."

ist.[21] Eigene Bedürfnisse stellen die Kinder in diesen Situationen nicht in den Vordergrund. Es gibt durchaus Kinder, die aufgrund der bestehenden Bindungen zu den Eltern das Wechselmodell auch aus eigenem Interesse wollen. Es wird aber auch immer wieder Kinder geben, die dieses Wechselmodell nur wollen, damit es den Eltern gerecht wird. Hier herauszufinden, welche Motivation den Äußerungen des Kindes zugrunde liegt, kann sehr schwierig sein.

Hat ein Wechselmodell bereits stattgefunden, dann ist es für ein Kind – abgesehen von Fällen der Beeinflussung – nur sehr schwer möglich, sich offen dagegen auszusprechen. Dies können Kinder nur dann, wenn sie in der Lage sind, sich von den Eltern abzugrenzen und eigene Vorstellungen zum Ausdruck zu bringen. Dies wird nur bei Kindern möglich sein, die bereits ein gewisses Alter und eine gewisse Reife erreicht haben. Selbstverständlich gibt es auch Kinder, die von sich aus ein Wechselmodell wünschen. Aber wenn dies noch nie praktiziert worden ist und gerade jüngere Kinder auch gar keine Vorstellung davon haben, sind die Äußerungen des Kindes hierzu sehr vorsichtig zu bewerten.

b) Fallbeispiele

Wie leicht es letztlich ist, den Kindern die Verantwortung zuzuweisen, zeigen Fallkonstellationen, bei denen Eltern die Voraussetzungen für ein Wechselmodell eigentlich erfüllen würden. Beide haben sich während der Zeit des Zusammenlebens um das Kind gekümmert, d.h. beide waren beispielsweise berufstätig und haben auch Elternzeit genommen. Nach der Trennung ist ein Elternteil ganz in die Nähe der bisherigen Wohnung verzogen. Die Eltern können weiterhin gut miteinander kommunizieren und kooperieren. Jeder Elternteil für sich könnte ohne Zweifel das Kind gut erziehen. Es gibt also keinerlei Vorteil für einen Elternteil. Nun lehnt aber ein Elternteil ein Wechselmodell aus prinzipiellen Erwägungen ab, weil er der Ansicht ist, dass ein Kind ein festes Zuhause benötige und nicht pendeln solle. Eine Auffassung, die gar nicht so selten auch von Vätern vertreten wird, wenn die Mutter ohne das Kind ausgezogen ist. In dieser Konstellation fällt dem Kind faktisch die Entscheidung zu. Äußert sich das Kind nachhaltig für ein Wechselmodell, wird es regelmäßig wohl auch angeordnet werden. Lehnt das Kind hingegen ein Wechselmodell ab, wird gestützt auf den fehlenden Kindeswillen eine Anordnung nicht in Betracht kommen. Selbstverständlich sind hierbei auch mögliche Beeinflussungen durch die Eltern zu

[21] *Josef Salzgeber*, Das Wechselmodell, NZFam 2014, 921, 926.

berücksichtigen. Letztendlich kann man das Kind dann nur dadurch schützen, dass gerade in der Anhörung das Kind – natürlich abhängig auch vom Alter des Kindes – nicht direkt gefragt wird, sondern durch andere Fragen versucht wird, die Einstellung des Kindes zu ermitteln. Hierbei ist die Frage danach, wo das Kind sein Zuhause hat, ein Indiz für die Einstellung des Kindes. Es gibt Kinder, die können weiterhin ihr Zuhause bei beiden Eltern verorten, manche sehen dies nur ganz eindeutig bei einem Elternteil als gegeben an, während andere, die bereits pendeln, einem klar zu verstehen geben, dass sie derzeit noch kein Zuhause haben. Selbstverständlich ist dies nicht das einzige Kriterium, sondern nur ein Beispiel dafür, wie versucht werden kann, das Kind nicht in die Position des Entscheiders zu drängen. Schließlich ist auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens mit entsprechenden Belastungen, aber natürlich auch Kosten für die Eltern, verbunden und sollte nicht der Regelfall werden.

Man muss sich zudem immer bewusst sein, dass selbst Kinder, die sich für ein Wechselmodell aussprechen, was nicht selten auch der Fall bei Elternkonstellationen ist, die nicht die Voraussetzung für ein Wechselmodell mit sich bringen, eine ganz andere Motivation haben, als Erwachsene vermuten. So überrascht es zunächst, wenn ein knapp 11-jähriges Mädchen sich in einer erstinstanzlichen Anhörung für ein Wechselmodell ausspricht, wenn man bedenkt, dass es vor nicht allzu langer Zeit sogar einen Kontaktabbruch gab, weil der Vater gegenüber dem Kind körperlich übergriffig wurde. Zwischenzeitlich hatte es allerdings wieder eine Annäherung und einen Umgang gegeben. In einer weiteren Anhörung in der Beschwerdeinstanz war das Kind dann bereit und in der Lage, etwas über seine tatsächliche Motivation zu sagen. Zwar bestand der Wunsch mehr Zeit beim Vater als in Form eines auch erweiterten Regelumgangs zu verbringen tatsächlich, er war aber nur deshalb entstanden, weil das Kind mit der Wohnsituation der Mutter, die in einem alternativen Wohnmodell lebte, unzufrieden war. Es bevorzugte die „spießige" Atmosphäre beim Vater und gab klar zu erkennen, dass es weiterhin seinen Lebensmittelpunkt bei der Mutter haben wollte, wenn diese ebenfalls alleine mit ihr eine Wohnung beziehen würde. Allerdings gelingt es nicht immer, die Kinder dazu zu bewegen, ihre tatsächliche Motivation offenzulegen.

IV. Besondere Konstellationen und Schwierigkeiten

1. Ablehnung des Wechselmodells durch den bislang betreuenden Elternteil

Lehnt der bislang betreuende Elternteil das Wechselmodell ab, so wird in der gerichtlichen Praxis wie auch in anderen Umgangs- und Sorgeverfahren dieser Ablehnung keine Vetowirkung beigemessen werden können.[22] Umgangsregelungen – dazu zählt zumindest bei gemeinsamer Sorge nach der Rechtsprechung des BGH nun auch das Wechselmodell – sind noch nie davon abhängig gemacht worden, dass sie einvernehmlich geschehen. Letzteres sind wünschenswerte Vereinbarungen der Eltern, im Übrigen bedarf es bei unterschiedlichen Vorstellungen einer gerichtlichen Entscheidung. Auch bei Sorgeentscheidungen wird explizit zwischen einvernehmlichen und streitigen Entscheidungen unterschieden (§ 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB). Beim Wechselmodell ist hierfür keine Ausnahme zu machen, allerdings kommt eine Anordnung gegen den Willen nur dann in Betracht, wenn die oben aufgeführten Voraussetzungen gegeben sind und das Kindeswohl/der Kindeswille dem nicht entgegenstehen. Realistisch ist aber festzuhalten, dass bei einem ablehnenden Willen eines Elternteils häufig ein derartiges Konfliktniveau erreicht ist, dass von einer dem Kindeswohl verträglichen Ausübung des Wechselmodells kaum ausgegangen werden kann.[23]

2. Wirtschaftliche Folgen des Wechselmodells

Leider werden die wirtschaftlichen Folgen des Wechselmodells nur sehr selten angesprochen. Die Tendenz unterhaltsrechtliche Fragen aus Sorge- und Umgangsverfahren herauszuhalten, da diese ja angeblich nichts miteinander zu tun hätten, besteht beim Wechselmodell fort. Abgesehen davon, dass Unterhaltszahlungen immer auch Ausdruck der Verantwortung für das Kind sind,[24] müssen bei der Erwägung der Anordnung eines Wechselmodells eigentlich die Folgen ganz offensiv erörtert werden. Denn wenn ein Elternteil bislang mehrere Kinder überwiegend betreut hat und damit verbunden seine eigene Berufstätigkeit zumindest reduziert hat, dann sind die Unterhaltszahlungen für die Kinder ein wichtiger Pfeiler für die

---

[22] OLG Stuttgart, NJW-RR 2017, 1284, 1286; OLG Dresden, FamRZ 2017, 896, 897; OLG Naumburg, FamRZ 2014, 1860; OLG Schleswig, SchlHA 2014, 456, 457; OLG Karlsruhe, FamRZ 2014, 1124, 1225; KG, FamRZ 2012, 886, 887; OLG Thüringen, Beschluss vom 22.08.2011 – 2 UF 295/11 - juris; OLG Celle, FamRZ 2008, 2053; KG, FamRZ 2006, 1626.

[23] OLG Brandenburg, FamRZ 2017, 1757, 1758.

[24] Staudinger/*Coester*, 2016, § 1671 BGB Rn. 143.

Finanzierung des Lebensunterhalts dieser Familie. Mit Einrichtung des Wechselmodells wird aber der bislang umgangsberechtigte Elternteil darauf verweisen, dass eine deutliche Reduzierung der Berufstätigkeit nicht mehr angebracht sei, schließlich arbeite er auch vollschichtig. Zudem wird der Unterhalt sich drastisch reduzieren. Damit ist aber die wirtschaftliche Existenz des bislang betreuenden Elternteils infrage gestellt. Dass dieser sich vor dem Hintergrund dieser Unsicherheiten und Konsequenzen dem Wechselmodell verweigert, ist naheliegend. Wenn das Wechselmodell ernsthaft in Betracht kommt, sollte daher auch die Unterhaltsfrage geklärt werden, da nur so zukünftig ein spannungsfreies Miteinanderumgehen in Betracht kommt.

Es soll allerdings nicht verschwiegen werden, dass es nicht selten Väter gibt, die zunächst auf eine Vaterschaftsanerkennung keinen Wert gelegt haben, weil sie dadurch eine Unterhaltsverpflichtung haben vermeiden können. Streben sie dann mit der erfolgten Anerkennung aber nicht nur die gemeinsame Sorge, sondern zugleich möglichst auch ein Wechselmodell an, liegt es auf der Hand, dass dies keine gute Ausgangslage ist, um für das Kind ein verträgliches Modell zu entwickeln. Zudem herrscht bei vielen Eltern – mehrheitlich Vätern – die Vorstellung vor, mit dem Wechselmodell entfalle eine Unterhaltspflicht und sie würden damit Geld sparen. Dass ein Kind im Wechselmodell eher höhere Kosten verursacht, die dann auch von dem bislang umgangsberechtigten Elternteil anteilig aufzubringen sind, wird dabei gerne vergessen.

3. Wechselmodell und Alleinsorge/Aufenthaltsbestimmungsrecht

Nach der Entscheidung des BGH zum Wechselmodell als Umgangsregelung ergeben sich für die Praxis ganz neue Probleme. Denn der BGH hat bislang ausdrücklich offengelassen, ob auch im Falle der Alleinsorge ein Wechselmodell als Umgangsregelung angeordnet werden kann.[25] Dies macht sehr deutlich, wie wenig die Einordnung des Wechselmodells als Umgangsregelung dogmatisch überzeugend ist, denn eine Umgangsregelung kann nicht von der Ausgestaltung der elterlichen Sorge abhängig sein.[26] Haben sich gemeinsam sorgeberechtigte Eltern getrennt und möchte nun ein Elternteil mit dem Kind ausziehen oder mit dem bei ihm lebenden Kind umziehen, so wird er das Aufenthaltsbestimmungsrecht gemäß § 1671 Abs. 1

[25] BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 21.

[26] Zur Kritik hierzu *Heike Hennemann*, Das Wechselmodell als Umgangsregelung – eine überzeugende Lösung?, NJW 2017, 1787, 1788.

S. 2 Nr. 2 BGB beantragen müssen, wenn der andere Elternteil damit nicht einverstanden ist. Diese Zustimmung wird aber regelmäßig dann verweigert werden, wenn ein Wechselmodell angestrebt wird. Damit muss beispielsweise die Mutter ein Verfahren zur elterlichen Sorge – Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts – betreiben und der Vater ein Verfahren zum Umgang, mit dem Ziel das Wechselmodell zu erreichen, wobei der BGH allerdings offengelassen hat, ob möglicherweise dann auch im Sorgeverfahren über das Wechselmodell zu entscheiden ist.[27] Ungeklärt ist derzeit, wie zu verfahren ist, wenn der Mutter beispielsweise das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu übertragen ist, weil ihr ein Umzug mit dem Kind innerhalb einer Großstadt zu gestatten ist. Kann der Vater dann überhaupt noch ein Wechselmodell erreichen? Denn damit würde bei einem fehlenden Einverständnis der Mutter in deren Aufenthaltsbestimmungsrecht eingegriffen. Zwar stellt jede Umgangsregelung einen Eingriff in das Aufenthaltsbestimmungsrecht dar, doch kann es keinen Zweifel geben, dass bei einem klassischen Umgang das Aufenthaltsbestimmungsrecht im Schwerpunkt bei dem Inhaber dieses Rechts liegt. Wenn aber der Elternteil, der das Aufenthaltsbestimmungsrecht innehat, den Aufenthalt des Kindes nur innerhalb des Zeitraums bestimmen kann, in dem das Kind bei ihm ist, dürfte damit dieses Recht tatsächlich ausgehöhlt werden.[28] Es wird abzuwarten sein, wie die Praxis mit diesen Fällen umgeht.

V. Besonderheiten bei Auflösung eines Wechselmodells

Die zweite Fallgruppe gerichtlicher Entscheidung betrifft Verfahren, in denen bislang ein Wechselmodell aufgrund einer Vereinbarung (außergerichtlich/gerichtlich) bestand und nunmehr ein Elternteil daran nicht mehr festhalten will. Bislang hat es sich hierbei immer um Sorgeverfahren gehandelt, selten um Umgangsverfahren. Zukünftig kann zwar weiterhin die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts mit dem Ziel begehrt werden, dass das Kind seinen Aufenthalt in einem Haushalt hat. Allerdings ist nach den obigen Ausführungen offen, ob nicht in einem weiteren Verfahren zugleich eine Umgangsreduzierung begehrt werden muss.

---

[27] BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 15.

[28] Hierzu auch *Heike Hennemann,* Das Wechselmodell als Umgangsregelung – eine überzeugende Lösung?, NJW 2017, 1787, 1788.

1. Gründe für einen Auflösungswunsch

Die Gründe für den Wunsch nach Auflösung des Wechselmodells können vielschichtig sein. Dabei wird sicherlich immer auch zu berücksichtigen sein, wie es ursprünglich einmal zu dieser Vereinbarung gekommen ist. So treffen nicht allzu selten auch Eltern diese Abrede der zukünftigen Betreuung ihres gemeinsamen Kindes, bei denen eigentlich die Voraussetzungen für ein Wechselmodell gar nicht gegeben sind. Dabei kann es dann dazu kommen, dass trotz großer räumlicher Distanz bei einem noch nicht schulpflichtigen Kind ein Wechselmodell ausgeübt wird, da die Eltern sich schlicht nicht darüber einig sind, bei welchem Elternteil zukünftig das Kind leben soll. Wird dies dann erst einmal praktiziert, ist es gar nicht so selten, dass fachlich Beteiligte sich für eine Fortführung aussprechen, weil auch sie keine andere Lösung wissen. Dies kann dann dazu führen, dass trotz eines hohen Konfliktniveaus über längere Zeit und Distanz ein Wechselmodell ausgeübt wird, was für das Kind dramatische Folgen haben kann. Andere Eltern vereinbaren das Wechselmodell scheinbar einvernehmlich, tatsächlich übt jedoch ein Elternteil einen derartigen Druck aus, dass der vermeintlich schwächere Elternteil sich beugt und das Wechselmodell tatsächlich nicht von einer inneren Überzeugung getragen ist. Daneben gibt es natürlich auch zahlreiche Fälle, bei denen die Eltern von vornherein der Überzeugung sind, dass das Kind von ihnen beiden weiterhin in gleichem Umfang betreut werden soll, damit das Kind keinen Elternteil verliert. Dies hat im Übrigen für berufstätige Eltern auch den Vorteil, dass beide beruflich Freiräume nutzen können. Manche Eltern arbeiten an den Tagen, an denen sie das Kind nicht betreuen, deutlich länger und nutzen ihre Betreuungstage dann auch, um mit dem Kind gemeinsame Zeit verbringen zu können.

Im Gegensatz zur Anordnung des Wechselmodells, bei der sich bislang der wohl überwiegende Teil der Oberlandesgerichte auf den Standpunkt gestellt hat, dass es sich um ein Sorgeverfahren handelt und das Gesetz nur die Möglichkeit der Zuweisung der elterlichen Sorge oder Teile davon ausschließlich an einen Elternteil ermögliche,[29] ist bei einer Aufkündigung des Wechselmodells durch einen Elternteil nicht selten dessen Fortbestand angeordnet worden. Hierbei war bislang immer maßgeblich, welche Motivation bei dem aufkündigenden Elternteil bestand, wie gut das Wechselmodell bislang in der Praxis funktioniert hat und insbesondere wie

[29] OLG Thüringen, FamRZ 2016, 2126, 2127; OLG München, FamRZ 2016, 2120, 2122; OLG Dresden, MDR 2016, 1456; OLG Nürnberg, FamRZ 2016, 2119, 2120; OLG Naumburg, FamRZ 2015, 764, 765; OLG Saarbrücken, FamRZ 2015, 62; OLG Brandenburg, FF 2012, 457, 458.

die Einstellung des Kindes hierzu war. Funktionierte das Wechselmodell leidlich und hatte sich das Kind darauf eingelassen, wollte also daran festhalten, dann ist bislang weitestgehend ein entsprechender Antrag zurückgewiesen worden. Dies galt erst recht für Fälle, in denen zwar ein Elternteil das Aufenthaltsbestimmungsrecht begehrt hat, gleichzeitig aber deutlich gemacht hat, dass er auch dann das Wechselmodell weiterführen wollte.[30] Hier war häufig ein Machtkampf der Eltern die eigentliche Ursache der Auseinandersetzung. Gründe für ein Auflösen des Wechselmodells hat die Praxis dann regelmäßig verneint. Daran wird sich auch voraussichtlich nichts ändern.

An zwei Beispielen soll nachfolgend auf die besonderen Probleme für die Kinder eingegangen werden, die entstehen können, wenn ein funktionierendes Wechselmodell aufgekündigt wird.

2. Fallbeispiele

a) Auflösung eines über mehrere Jahre gut funktionierenden Wechselmodells

Auch in Fällen, in denen sich die Eltern einvernehmlich außergerichtlich auf ein Wechselmodell geeinigt und dieses schon seit mehreren Jahren gut praktiziert haben, kann es vorkommen, dass ein Elternteil plötzlich das Wechselmodell aufkündigt. Die Ursachen hierfür sind nicht immer offensichtlich, häufig mag eine Veränderung im Umfeld eines Elternteils – z.B. eine neue Partnerschaft – eine Rolle spielen. Die Dynamik, die sich in derartigen Fällen entwickelt, ist für die Kinder häufig fatal. Die seit Jahren einigermaßen friedlich miteinander umgehenden Eltern verfallen in Streitigkeiten nicht selten mit dem Ergebnis, dass die Kinder sich für einen Elternteil entscheiden, weil sie diesen Streit gerade vor dem Hintergrund des bislang vorhandenen Kontakts zu beiden Eltern anders nicht aushalten.[31] In diesen Fällen wird ein Wechselmodell auch nicht mehr angeordnet werden können, denn die Positionierung der Kinder aufgrund des starken Loyalitätskonflikts ist zu beachten. Der Konflikt für die Kinder kann nicht durch schlichtes Ignorieren überwunden werden. Es bleibt auch hier nur der Versuch, den Elternkonflikt wieder zu begrenzen und den Eltern eine Bewältigungsstrategie anzubieten.

[30] So z.B. KG, FamRZ 2006, 1626.

[31] *Harry Dettenborn/Eginhard Walter*, Familienrechtspsychologie (Fn. 7), S. 191.

b) Aufkündigung des Wechselmodells durch ein Geschwisterkind

Bei Geschwisterkindern wird das Wechselmodell regelmäßig für alle Kinder praktiziert. Es kann aber dann mit zunehmenden Alter zu Konflikten zwischen dem ältesten Kind und einem Elternteil kommen. Hier können die Kinder ihre Eltern gut gegeneinander ausspielen, wenn diese keine gemeinsame Elternschaft leben. Es ist gar nicht so selten, dass insbesondere im Rahmen der Pubertät ein Kind mit einem Elternteil dermaßen in Streit gerät, dass es sich aus dem Wechselmodell zurückzieht. War der andere Elternteil bislang nicht wirklich vom Wechselmodell überzeugt, wird er das Kind auch nicht bestärken, an dieser Betreuungsform festzuhalten. Wenn das ältere Kind, dessen Entscheidung auch regelmäßig zu akzeptieren sein wird, den Kontakt zum anderen Elternteil fast einstellt, wird es für ein jüngeres Geschwisterkind zunehmend schwierig, das Wechselmodell weiter aufrecht zu erhalten. Denn es muss sich nicht nur gegen sein Geschwister stellen, sondern sich auch im Elternstreit positionieren. Gerade wenn das ältere Kind ermutigt wird, seine eigenen Vorstellungen auszuleben – „du musst auch nicht mehr zum Vater, wenn du nicht willst" –, wird es für das jüngere Kind problematisch, sich hiervon abzugrenzen und weiterhin an dem Wechselmodell festzuhalten. Hier besteht immer die Gefahr, dass sich das jüngere Kind den sich bildenden Koalitionen des älteren Kindes anschließt und seinen eigenen Willen dann nicht mehr durchsetzen kann. Ob ein Wechselmodell oder ein dann reduzierter Umgang gleichwohl für das jüngere Kind dann noch in Betracht kommt, hängt immer sehr vom Einzelfall ab.

VI. Stellvertretende Auseinandersetzungen – Verfahren nach § 1628 BGB

Nicht selten streiten Eltern vor Gericht um die Fortführung des Wechselmodells, ohne dies jedoch zum Verfahrensgegenstand zu machen. Typisch sind dafür Streitigkeiten, in denen ein Elternteil die Entscheidungsbefugnis gemäß § 1628 BGB für eine Kindergarten- oder Schulanmeldung begehrt.[32] Hintergrund dieser Verfahren ist immer, dass ein Elternteil einen Kindergarten oder eine Schule präferiert, was zur Folge hat, dass das Wechselmodell dann nicht mehr sinnvoll praktiziert werden kann, weil der Weg von einem Elternteil zum Kindergarten bzw. zur Schule zu weit ist. In derartigen Fällen haben die Eltern bislang entweder trotz einer

[32] Z.B. OLG Brandenburg, FamRZ 2014, 1209 (LS); vgl. auch KG, Beschluss vom 13.8.2015 – 13 UF 345/14 (nicht veröffentlicht); KG, FamRZ 2018, 502.

räumlichen Distanz zueinander das Wechselmodell praktiziert, indem ein Elternteil Fahrtwege auf sich genommen hat, oder es steht ein Umzug eines Elternteils an, der zur Folge haben wird, dass das Wechselmodell spätestens mit dem Kitabesuch bzw. der Einschulung nicht mehr praktikabel sein wird. Vordergründig ist dann nur zu entscheiden, welcher Elternteil bei der Auswahl von Kindergarten/Schule mehr das Kindeswohl beachtet. Tatsächlich geht es jedoch letztendlich nur um die Frage, ob das Wechselmodell aufzulösen ist, indem z.B. dem Elternteil, der sich räumlich verändern will, das Entscheidungsrecht zugesprochen wird. Bei der Gesamtabwägung wird diese Folge sicherlich auch zu berücksichtigen sein. Die gerichtliche Entscheidung ist aber vor dem Hintergrund der nicht immer offengelegten weiteren Entwicklung jeweils schwierig und häufig – insbesondere bei Eltern, die bislang ein gut funktionierendes Wechselmodell durchgeführt haben –, schlecht zu begründen. Denn letztendlich kann ein Umzug eines Elternteils nie verhindert werden.

VII. Wechselmodell auf Wunsch des betreuenden Elternteils

Bislang hatten alle Fallkonstellationen immer den Ausgangspunkt, dass der umgangsberechtigte Elternteil mehr Umgang und damit das Wechselmodell will, während der betreuende Elternteil sich dagegen wendet. Es gibt allerdings auch die Fälle, in denen der betreuende Elternteil, in der Mehrheit immer noch die Mütter, sich durchaus ein Mehr an Erziehungsverantwortung und auch Umgang durch den anderen Elternteil wünscht. Dies sind insbesondere die Mütter, die in Berufsfeldern tätig sind, die auch Tätigkeiten an Wochenenden (Messen) oder in den Abendstunden (*Meetings*) verlangen. Ein Wechselmodell würde hier eine höhere berufliche Flexibilität ermöglichen. Wenn auch die Kinder ein Mehr an Umgang in Form eines Wechselmodells wollen, ergeben sich große Probleme, wenn der andere Elternteil dieses Mehr an Umgang nicht gewähren will. Zwar sind Umgangsregelungen – wie bereits ausgeführt – nicht vom Vetorecht eines Elternteils abhängig, aber es stellt sich hier die gleiche Problematik wie bei jeder anderen Umgangsregelung: ein Umgang ist gegen den Willen des umgangsberechtigten Elternteils kaum durchsetzbar.[33] Problematisch ist in diesen Fällen bereits, ob der Elternteil ein eigenes Antragsrecht hat und ihm bei einer ablehnenden Entscheidung des Familiengerichts ein eigenes Beschwerderecht zusteht.[34] Für die Kinder ist es sicherlich eine sehr traumatische Erfahrung, wenn ihnen in einer gerichtlichen Anhörung

[33] BVerfG, FamRZ 2008, 845, 852.

[34] BGH, FamRZ 2008, 1334, 1335.

mitgeteilt werden muss, dass der umgangsberechtigte Elternteil – meistens der Vater – kein weitergehendes Interesse an ihnen hat, als beispielsweise nur einen eingeschränkten Regelumgang. Hier führen auch Kindeswohl und Kindeswille nicht zu einer befriedigenden Lösung.

VIII. Ausblick

Das Wechselmodell in der gerichtlichen Praxis begegnet einem in zahlreichen unterschiedlichen Konstellationen. Mit der Entscheidung des BGH, das Wechselmodell als einen Fall der Umgangsregelung anzusehen, ist es nunmehr auch bei bestehender Gesetzeslage möglich, ein Wechselmodell anzuordnen. Die Kriterien für ein Wechselmodell haben sich durch diese Entscheidung aber nicht geändert, so dass weiterhin in der gerichtlichen Praxis das Wechselmodell nur bei bestimmten Eltern in Betracht kommen und auch zukünftig nur in wenigen Fällen im Wege einer Gerichtsentscheidung angeordnet werden wird. Das Wechselmodell mag eine Option für die Kinder sein, sicherlich aber nur bei denjenigen Eltern, die ihrer gemeinsamen elterlichen Verantwortung weiterhin gerecht werden und nicht mittels des Gerichts eine vermeintlich konfliktfreie Betreuung in Form eines Wechselmodells erreichen wollen. Kritisch ist allerdings anzumerken, dass auch die zunehmende Tendenz, Umgang in weitaus größerem Umfang als den klassischen Regelumgang von freitags bis sonntags, aber weniger als ein Wechselmodell anzuordnen, zu vielen sehr kurzen Wechseln führen kann, die ebenfalls eine enorme Belastung für Kinder – gerade bei streitigen Eltern – darstellen.

Wechselmodell wider Willen und Elternautonomie – Streitfrage Wechselmodellanordnung

Simon M. Marchlewski

I. Einleitung

Das Wechselmodell als gelebter Aufenthaltswechsel eines Kindes erhitzt seit jeher die Gemüter nicht nur von Eltern, die es mit ihrem Kind praktizieren oder dies anstreben. Längst, so scheint es, steht nicht mehr das im Wechselmodell betreute Kind, sondern das Wechselmodell selbst im Fokus der rechtswissenschaftlichen Debatte und des rechtspolitischen Interesses. Von besonderer Brisanz und offenbar nicht enden wollender Aktualität ist dabei stets die Frage, ob ein Wechselmodell gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden kann oder ob ein Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich ist. Die umfangreiche Rechtsprechung der

Oberlandesgerichte,[1] teils gar der verschiedenen Familiensenate desselben Gerichts,[2] ist uneinheitlich, wenngleich sich eine herrschende Meinung abzuzeichnen schien. Dieser zum Trotz wies der Bundesgerichtshof (BGH) mit seiner Entscheidung vom 1. Februar 2017[3] den Weg zu einer streitigen „Wechselmodellanordnung" über eine gerichtliche Umgangsregelung. Ob damit nicht vielleicht, so viel sei vorweggenommen, der erste Schritt auf einem äußerst schmalen Grat zwischen gerichtlicher Streitschlichtung und ungerechtfertigtem Eingriff in die Elternautonomie getan ist, ist eine Frage unter mehreren, denen im Folgenden nachzugehen ist, um am Ende einer Lösung der zentralen „Streitfrage Wechselmodellanordnung" zumindest ein gutes Stück näherzukommen.

Doch was ist eigentlich unter einer „Wechselmodellanordnung" zu verstehen? Etwas effektiv anordnen kann zunächst nur das Familiengericht. Zwar kann sich auch ein Elternteil gegenüber dem anderen mittels einer sorge- oder umgangsrechtlichen Position darin versuchen; dass dies jedoch nicht unbedingt von Erfolg gekrönt sein muss, ist ebenfalls darzustellen. Eine Anordnung erscheint auch nur dann wirklich sinnvoll und erforderlich, wenn sich ein Elternteil dem Anzuordnenden zunächst widersetzt. Damit steht die Ausgangslage fest: Die Eltern streiten über das Betreuungsmodell, und mindestens einer von ihnen begehrt gerichtliche Hilfe zur Auflösung des Konflikts. Diese soll nach dem Willen eines Elternteils in der „Wechselmodellanordnung" liegen. Damit diese den Elternstreit effektiv und langfristig zu schlichten vermag, muss sie im Ergebnis gewisse Eigenschaften aufweisen, um sich etwa auch von einer bloßen Elternvereinbarung[4] positiv abzusetzen. So wird letztlich von ihr erwartet, eine Aufenthaltsregelung hervorzubringen, die (1.) bindend, (2.) beständig und (3.) durchsetzbar ist.

---

[1] Für einen Überblick über die Rechtsprechung zur „Wechselmodellanordnung" siehe *Simon M. Marchlewski*, Das Wechselmodell im Kindschaftsrecht, Abhandlung zu den familien- und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Studien zum Privatrecht, Tübingen 2018, § 5 Fn. 2 und 3, S. 187 f.; s. auch die Zusammenstellung der *Wissenschaftlichen Dienste* (Deutscher Bundestag), Ausarbeitung WD 9 – 3000 – 035/15, Das „Wechselmodell" – Die Kontroverse in Deutschland sowie rechtlicher Rahmen, Praxis und Forschungsstand in Australien, Belgien, Großbritannien und Schweden, Berlin 2016, S. 7 ff.; hervorgehoben seien die Entscheidungen OLG Brandenburg, FF 2012, 457 = FamRZ 2012, 1886 (LS); OLG Schleswig, SchlHA 2017, 145 = FamRZ 2016, 1945 (LS); OLG Jena, FamRZ 2016, 2126.

[2] OLG Schleswig (2. FamS), SchlHA 2017, 145, 150 gegen OLG Schleswig (5. FamS), SchlHA 2014, 456.

[3] BGH, FamRZ 2017, 532.

[4] Grundlegend zur Zulässigkeit und Verbindlichkeit von Elternvereinbarungen *Stephan Hammer*, Elternvereinbarungen im Sorge- und Umgangsrecht, Bielefeld 2004, S. 37 ff.

Darin liegt das anvisierte Ziel, das einzelnen Elternteilen vorschwebt: Eine Aufenthaltsregelung, die sich (1.) einer einseitigen Loslösung durch einen Elternteil ohne Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung erwehren kann, die (2.), um dem Kontinuitätsinteresse des Kindes hinreichend Rechnung zu tragen, nur unter dem Maßstab des § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB abänderbar ist und die (3.) Handlungspflichten der Eltern definiert, um nach §§ 89, 90 FamFG durchsetzbar und im Konfliktfall einer Vollstreckung zugänglich zu sein. Dieses Ziel einer bindenden, beständigen und durchsetzbaren Aufenthaltsregelung soll auch das Ergebnis sein, das am Ende dieses Beitrags steht und das den Maßstab bildet, an dem die nun folgenden Lösungsansätze zu messen sind.

II. Sorgerechtsentscheidung nach § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB

Als erste Rechtsgrundlage, die eine bindende, beständige und durchsetzbare Festlegung des Kindesaufenthalts in Form eines Wechselmodells hervorbringen könnte, ist § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB in den Blick zu nehmen.

1. Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts an einen Elternteil allein

Die Entscheidung nach dieser Norm könnte darauf gerichtet sein, demjenigen Elternteil das Aufenthaltsbestimmungsrecht allein zuzuweisen, der ein Wechselmodell praktizieren möchte. Im Unterschied zum Residenzmodell lässt sich ein Wechselmodell im Anschluss an eine solche Entscheidung jedoch immer noch nicht gegen den Willen des anderen Elternteils durchsetzen.[5] Doch zunächst zum Residenzmodell: Ein solches kann im Anschluss an die Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts an einen Elternteil durch diesen ohne weiteres Zutun und damit gegen den Willen des anderen Elternteils begründet werden. Sollte letztgenannter Elternteil die Herausgabe des Kindes – etwa im Anschluss an seinen Umgang – einmal verweigern, kann der aufenthaltsbestimmungsberechtigte Elternteil notfalls eine Herausgabeanordnung nach § 1632 Abs. 3, 1 BGB erwirken und diese nach §§ 89, 90 FamFG vollstrecken.

Das Wechselmodell zeichnet sich demgegenüber gerade nicht durch die hauptsächliche Betreuung des Kindes durch einen Elternteil aus und lässt sich folglich auch nicht durch eine Herausgabe erzwingen. Es setzt vielmehr gerade das abwechseln-

[5] Zur Durchsetzung eines Wechselmodells ausführlich *Simon M. Marchlewski*, Das Wechselmodell im Kindschaftsrecht (Fn. 1), S. 117 ff., 193 ff.

de Tätigwerden beider Elternteile voraus mit der Folge, dass beide das Kind zu bestimmten Zeiten herausgeben, insbesondere aber *aufnehmen und betreuen* müssen. Eine solche Pflicht, das Kind aufzunehmen und selbst zu betreuen, geht jedoch schon nicht mit dem Aufenthaltsbestimmungsrecht einher;[6] dieses ist nicht etwa gleichzusetzen mit dem Aufenthalt des Kindes.[7] Mag diese Rechtsposition auch als Pflichtrecht ausgestaltet sein (s. § 1631 Abs. 1 BGB), so bleibt dem Elternteil, der es inne hat, doch stets die in seinem Ermessen liegende Entscheidung, wo sich das Kind aufhalten soll.[8] Dies kann beispielsweise auch in einem Internat, bei den Großeltern oder dem anderen Elternteil sein. Erst recht aber gibt das Aufenthaltsbestimmungsrecht keine Befugnis, über soeben genannte Personen zu bestimmen. Der berechtigte Elternteil kann also nicht etwa kraft seiner Rechtsposition eine Pflicht des anderen begründen, das Kind zu sich zu nehmen und zu betreuen. Dies wäre jedoch erforderlich, um ein Wechselmodell rechtssicher zu etablieren, notfalls nämlich auch durchsetzen zu können. Verweigert sich der Elternteil, dem das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen wurde, weiterhin vehement der Praktizierung eines Wechselmodells, so wird dem anderen Elternteil eine Durchsetzung dieses Modells nicht gelingen.

Das anvisierte Ziel – eine beide Elternteile bindende, notfalls durchsetzbare Aufenthaltsregelung – wird durch eine Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts an den wechselmodellwilligen Elternteil somit nicht erreicht.

2. Gerichtliche Vorgabe der Aufenthaltsbestimmung

Etwas Anderes würde gelten, könnte das Gericht den Eltern unmittelbar durch gerichtliche Entscheidung aufgeben, wie von dem Aufenthaltsbestimmungsrecht Gebrauch zu machen ist. Dies entspricht jedoch weder dem

[6] *Michael Coester*, Wechselmodell und Sorgerecht für die Mutter, FF 2010, 10, 12, Fn. 22.

[7] BGH, NJW 1952, 1254, 1255: Die „Übertragung [des Personensorgerechts] bedeutet keineswegs, daß das Kind bei dem Elternteil untergebracht werden müsse, dem die Sorge übertragen worden ist. Es kann u. U. so liegen, daß es dem Wohl des Kindes entspricht, daß der Sorgeberechtigte es […] dem anderen Elternteil einstweilen überläßt".

[8] Entschieden ist mit der Ausgestaltung des Aufenthaltsbestimmungsrechts als Pflichtrecht zunächst nur über das „Ob" seiner Ausübung, nicht aber über das „Wie". Hierzu *Walter Schmitt Glaeser*, Die Eltern als Fremde, DÖV 1978, 629, 634; *Matthias Jestaedt*, Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung – Herausforderungen des Eltern-Kind-Verhältnisses aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Deutscher Familiengerichtstag e. V. (Hrsg.), 21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. bis 24. Oktober 2015 in Brühl, Ansprachen und Referate – Berichte und Ergebnisse der Arbeitskreise, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 19, Bielefeld 2016, 65, 72.

Regelungsmechanismus des § 1671 Abs. 1 BGB, der eine gerichtliche Einwirkung auf die Sorge*substanz*, nicht auf die Sorge*ausübung* vorsieht,[9] noch wäre dies vom Umfang der staatlichen Entscheidungsmacht gedeckt.

Gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG kommt dem Staat lediglich die Aufgabe eines „Wächters" zu. Zuvörderst sind die Pflege und Erziehung eines Kindes mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG in die Hände der Eltern gelegt. Diese können die Pflege und Erziehung ihres Kindes mithin nach eigenen Vorstellungen frei gestalten[10] und dazu auch alle übrigen Sorgekonkurrenten oder Miterzieher ausschließen.[11] Fallen aber beide Elternteile aus, so übernimmt der Staat als Wächter des Kindeswohls subsidiär die Erziehungsfunktion.[12] Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) spricht in diesem Fall von einem „Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht".[13] Dieser kann, sofern vom Verhältnismäßigkeitsmaßstab[14] gedeckt, auch darin bestehen, dass der Staat eine konkrete Entscheidung in einer Kindesangelegenheit selbst trifft.[15] Das BVerfG spricht dann von einer „Sachentscheidung".[16] Für eine solche bestehen jedoch „strenge Voraussetzungen":[17] Maßstab ist die

[9] OLG Schleswig (2. FamS), SchlHA 2017, 145, 150; OLG Brandenburg, FF 2012, 457, 458, 459; AG Konstanz, FamRZ 2016, 476 f.; *Michael Coester,* Wechselmodell und Sorgerecht für die Mutter, FF 2010, 10, 12; *Beate Jokisch*, Das Wechselmodell – Grundlagen und Probleme (Teil 1), FuR 2013, 679, 680 a.E.; *Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags e. V.*, Das Wechselmodell im deutschen Familienrecht, FamRZ 2014, 1157, 1160; *Simon M. Marchlewski*, Das Wechselmodell zwischen § 1671 und § 1684 BGB – Der Staat wacht an der Grenze des § 1666 BGB, FF 2015, 98, 104 f.; *Dragana Damljanovic*, Das Wechselmodell, Geltendes Recht und Reformbedarf, Frankfurt am Main 2016, S. 79 f., 91, 105; MüKoBGB/*Hennemann*, 7. Aufl. 2017, § 1671 BGB Rn. 29, 32 a.E.; **a.A.** offenbar OLG Schleswig (5. FamS), SchlHA 2014, 456; AG Heidelberg, FamRZ 2015, 151, 155.

[10] St. Rspr. des BVerfG, beispielhaft genannt seien BVerfGE 24, 119, 143 = FamRZ 1968, 578, 584; E 60, 79, 88 = FamRZ 1982, 567, 569; aus jüngerer Zeit FamRZ 2012, 433, Rn. 21; FamRZ 2012, 1127, Rn. 14; FamRZ 2012, 938, Rn. 13; FamRZ 2015, 112, Rn. 29.

[11] *Matthias Jestaedt*, in: 21. Deutscher Familiengerichtstag (Fn. 8), 65, 73.

[12] *Fritz Ossenbühl*, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, Berlin 1981, S. 71 a.E.; *Matthias Jestaedt*, Staatliche Rollen in der Eltern-Kind-Beziehung, DVBl. 1997, 693, 696; von Münch/Kunig/*Coester-Waltjen*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1: Präambel bis Art. 69, 6. Aufl. 2012, Art. 6 GG Rn. 84.

[13] BVerfGE 31, 194, 208 = FamRZ 1971, 421, 425; E 56, 363, 382 f. = FamRZ 1981, 429, 433; E 61, 358, 374 = FamRZ 1982, 1179, 1182.

[14] BVerfGE 24, 119, 144 f. = FamRZ 1968, 578, 584.

[15] S. etwa § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB (Ersetzung von Erklärungen des Inhabers der elterlichen Sorge).

[16] BVerfGE 10, 59, 86 = FamRZ 1959, 416, 422; FamRZ 2003, 511.

[17] BVerfGE 31, 194, 208 = FamRZ 1971, 421, 425; E 56, 363, 382 f. = FamRZ 1981, 429, 433; E 61, 358, 374 = FamRZ 1982, 1179, 1182; FamRZ 1994, 223, 224.

Kindeswohlgefährdung, die einfachgesetzlichen Ausdruck in § 1666 Abs. 1 BGB gefunden hat. Solange die Eltern dagegen bereit und in der Lage sind, eine Entscheidung in der Kindesangelegenheit zu treffen, die „bei weitester Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit der Eltern noch als Pflege und Erziehung gewertet werden kann",[18] so „gehört [es] nicht zur Ausübung des Wächteramts, gegen den Willen der Eltern für eine bestmögliche Förderung der Fähigkeiten des Kindes zu sorgen"[19] und etwa über die „Art und Weise der Betreuung des Kindes"[20] zu entscheiden. Vielmehr gebietet es die Elternautonomie, den Eltern die Sachentscheidung zu belassen.

Ist es den gemeinsam sorgeberechtigten Eltern jedoch nicht möglich, das nach § 1627 BGB erforderliche Einvernehmen in einer Kindesangelegenheit herzustellen, so ist der Staat als Schlichter[21] oder „Schiedsrichter"[22] berufen, einen „Ausgleich zwischen den beiden eigenständigen und durch das Elternrecht geschützten Rechtspositionen der Eltern vorzunehmen, ohne ihren Vorrang als Erziehungsträger anzutasten".[23] Der Staat ist also zu einem Eingriff ins Elternrecht befugt, jedoch gerade nicht mittels einer eigenen Sachentscheidung, sondern ausschließlich durch den Entzug der Rechtsposition eines Elternteils, mit der zugleich eine Stärkung des anderen, nun alleinentscheidungsberechtigten Elternteils einhergeht;[24] zur Entscheidung der konkreten Sachfrage ist dann dieser Elternteil allein berufen. So hat das BVerfG zu § 1628 BGB, dessen Mechanismus dem des § 1671 Abs. 1 BGB entspricht,[25] klar Stellung bezogen:

---

[18] BVerfGE 24, 119, 143 = FamRZ 1968, 578, 584.

[19] BVerfG in st. Rspr., jüngst in FamRZ 2015, 112, 113 und FamRZ 2016, 439, 441.

[20] BVerfGE 99, 216, 232 = FamRZ 1999, 285, 287.

[21] *Fritz Ossenbühl,* Das elterliche Erziehungsrecht (Fn. 12), S. 68; *Matthias Jestaedt,* Staatliche Rollen in der Eltern-Kind-Beziehung, DVBl. 1997, 693, 696; Kahl/Waldhoff/Walter/*Jestaedt*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Ordner 3, Art. 6 II – 14, 74./75. EL Dez. 1995, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG Rn. 15 ff., 44, 48, 117, 168.

[22] BVerfGE 31, 194, 210 f. = FamRZ 1971, 421, 425; *Dieter Reuter*, Elterliche Sorge und Verfassungsrecht, AcP 192 (1992), 108, 147.

[23] BVerfGE 31, 194, 208 = FamRZ 1971, 421, 425; E 56, 363, 382 f. = FamRZ 1981, 429, 433; E 61, 358, 374 = FamRZ 1982, 1179, 1182.

[24] BVerfG, FamRZ 2003, 511.

[25] Zu den daraus resultierenden Abgrenzungsschwierigkeiten BeckOK BGB/*Veit*, 46. Ed. 1.5.2018, § 1628 BGB Rn. 12 ff.

> „§ 1628 BGB ermächtigt die Gerichte unter Wahrung des Elternrechts aus Art. 6 II GG […] nur dazu, zur Herbeiführung einer notwendigen Entscheidung bei Uneinigkeit der Eltern einem Elternteil die Entscheidungskompetenz zu übertragen. Trifft das Gericht anstelle dessen eine eigene Sachentscheidung, verstößt es nicht nur gegen Gesetzesrecht, sondern greift in verfassungswidriger Weise in das Recht der von der Entscheidung betroffenen Eltern aus Art. 6 II S. 1 GG ein.“[26]

In seiner Ausübung dieses sog. Schlichteramts hat sich der Staat zwar durchaus vom Kindeswohl leiten zu lassen: Zu treffen hat er diejenige Entscheidung, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht (§§ 1697a, 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a.E. BGB). Das bedeutet allerdings nicht, dass es die Aufgabe des Gerichts wäre, das Kindeswohl positiv zu verwirklichen.[27] Dieses ist ausschließlich entscheidend für die Frage, welcher Elternteil „am ehesten geeignet ist, eine am Kindeswohl ausgerichtete Entscheidung zu treffen“.[28] Was dieser Elternteil dann aber konkret entscheidet, entzieht sich – vorbehaltlich des Nichtvorliegens einer Kindeswohlgefährdung (§ 1671 Abs. 4 BGB i.V.m. § 1666 Abs. 1 BGB) – der gerichtlichen Einflussnahme. Selbst wenn der Entscheidungsvorschlag, der dem Kindeswohl (noch) am besten entspricht, offensichtlich hinter den Vorteilen einer aus gerichtlicher Sicht besseren Alternativlösung zurückbleibt, darf das Gericht nicht seine Lösung an die Stelle der elterlichen setzen. Dass es hierdurch zu elterlichen Entscheidungen kommen kann, die dem Kindeswohl eben nicht am besten entsprechen, diesem sogar gegenüber einer an objektiven Kriterien gemessenen Pflege und Erziehung Nachteile bringen, nehme das Grundgesetz, so das BVerfG in ständiger Rechtsprechung,[29] bewusst in Kauf, solange nicht eine Gefahr für die Kindesentwicklung und das Kindeswohl begründet werde.

---

[26] BVerfG, FamRZ 2003, 511.

[27] *Matthias Jestaedt*, in: 21. Deutscher Familiengerichtstag (Fn. 8), 65, 79; *Friederike Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, Tübingen 2015, S. 137: lediglich „Minimalschutz“.

[28] BVerfG, FamRZ 2003, 511.

[29] BVerfGE 34, 165, 184 = NJW 1973, 133, 134; E 60, 79, 94 = FamRZ 1982, 567, 570; E 72, 122, 140 = FamRZ 1986, 871, 875; BVerfGK 7, 65, 68 = FamRZ 2006, 385 a.E.; K 9, 97, 102 = FamRZ 2006, 1593, 1594; K 13, 119, 124 = FamRZ 2008, 492; K 14, 347, 351 = FamRZ 2008, 2185, Rn. 15; FamRZ 2009, 1897; FamRZ 2010, 528; K 16, 517, 525 = FamRZ 2010, 713, Rn. 33; ZKJ 2014, 242, 244; FamRZ 2014, 907, Rn. 18; FamRZ 2014, 1270, Rn. 21.

Damit kann zusammenfassend festgehalten werden: § 1671 Abs. 1 BGB mit seinem niedrigen Eingriffsmaßstab – die bloße Uneinigkeit der Eltern genügt für ein gerichtliches Tätigwerden – kann von Verfassungs wegen keine gerichtliche Sachentscheidung zur Folge haben. Die verbindliche Vorgabe einer Pflege und Erziehung des Kindes in der Form eines Wechselmodells, die eine Sachentscheidung darstellt, ist somit über diese Vorschrift ebenso wenig möglich wie über § 1628 BGB.[30] Damit liegt das anvisierte Ziel auch weiterhin in sicherer Entfernung.

3. Zeitliche Aufspaltung des Aufenthaltsbestimmungsrechts

Um den Eltern eine Wechselmodellpraxis seitens des Gerichts gleichwohl nahelegen zu können, wird vorgeschlagen, ihnen das Aufenthaltsbestimmungsrecht (oder die Gesamtsorge[31]) im wiederkehrenden Wechsel jeweils allein zuzuweisen,[32] etwa dem Vater in der ersten und dritten, der Mutter in der zweiten und vierten Woche eines jeden Monats. Seit Inkrafttreten des KindRG[33] werden zeitliche Aufteilungen der Sorge überwiegend nicht mehr von vornherein für ausgeschlossen gehalten.[34]

Allerdings ergibt sich in Bezug auf die Durchsetzbarkeit des vom Gericht intendierten Wechselmodells kein Unterschied zu der Alleinzuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts an lediglich einen Elternteil: Die aus dieser Rechtsposition resultierende Befugnis, das Kind zu sich zu nehmen, hat zwar spiegelbildlich die – vollstreckbare (§ 1632 Abs. 3 BGB i.V.m. §§ 89, 90 FamFG) – Pflicht des anderen Elternteils zur Folge, das Kind *herauszugeben* (§ 1632 Abs. 1 BGB). Aus der Befugnis, das Kind in bestimmten Zeiträumen zu sich zu nehmen, resultiert hingegen nicht zugleich die Pflicht des anderen Elternteils, das Kind in den übrigen Zeiträumen *aufzunehmen*, selbst wenn allein er in dieser Zeit zur Aufenthaltsbestim-

[30] Näher *Simon M. Marchlewski*, Das Wechselmodell im Kindschaftsrecht (Fn. 1), S. 189 ff., 219 ff.

[31] Zu Recht krit. *Beate Jokisch,* Das Wechselmodell – Grundlagen und Probleme (Teil 1), FuR 2013, 679, 681.

[32] *Hildegund Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung, Wiesbaden 2013, S. 378; *dies./Georg Rixe*, Alles wird gut! Wird alles gut?, Rechtssystematische Verortung und verfassungsrechtliche Bezüge der gerichtlichen Anordnung des paritätischen Wechselmodells (Teil 1), FamRB 2014, 418, 420; *Stephan Hammer*, Die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells, FamRZ 2015, 1433, 1437, 1438 a.E.

[33] Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) vom 16.12.1997 m.W.v. 1.7.1998, BGBl. 1997 I, S. 2942.

[34] Staudinger/*Coester*, 2016, § 1671 BGB Rn. 53; BeckOK BGB/*Veit*, 46. Ed. 1.5.2018, § 1671 BGB Rn. 23; a.A. Erman/*Döll*, 15. Aufl. 2017, § 1671 BGB Rn. 13.

mung berechtigt ist. Stellt sich dann aber ein Elternteil – durchaus vorstellbar aus vom Kindeswohl getragenen Gründen – auf den Standpunkt, das Kind entweder nur ganz oder gar nicht bei sich aufzunehmen, so scheitert eine Durchsetzung des Wechselmodells. Denn diese gelingt eben – anders als beim Residenzmodell – nicht durch die Erzwingung eines Duldens der Rechtsausübung des anderen Elternteils, sondern nur durch zwangsweise Durchsetzung einer positiven Verpflichtung zur eigenen Betreuung des Kindes. Da eine solche Verpflichtung rechtlich aber weder für denjenigen Elternteil besteht, der das Aufenthaltsbestimmungsrecht (gerade) innehat, noch von diesem Elternteil für den anderen mittels Ausübung seiner Rechtsposition begründet werden kann, ist ein Wechselmodell generell nicht vollstreckbar, sofern die gerichtliche Entscheidung lediglich auf die elterlichen Rechtspositionen und nicht auf deren Ausübung einwirkt.

Hinzu kommt, dass durch diesen Lösungsvorschlag der oben beschriebene Regelungszweck des § 1671 Abs. 1 BGB, nämlich den Elternstreit dadurch aufzulösen, dass dem einen Elternteil die Entscheidungsbefugnis entzogen wird und dadurch der andere zur Alleinentscheidung berechtigt ist, nicht erreicht wird. Die wechselweise Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts zielt gerade auf eine Parität der Eltern, die ja letztlich auch ein Wesensmerkmal des Wechselmodells ist.[35] Bei beiden Elternteilen soll sich das Kind aufhalten, entsprechend sollen beide für den Kindesaufenthalt in der Verantwortung bleiben. Damit besteht jedoch auch im Anschluss an die gerichtliche Entscheidung eine gegenseitige Bindung der Eltern an die Aufenthaltsbestimmung des jeweils anderen. Die Ausübungsbindung, die nach § 1627 BGB bestand, solange die Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht noch gemeinsam innehatten, wird überführt in eine Bindung an die Entscheidung des jeweils anderen, jetzt zeitweise versetzt alleinberechtigten Elternteils.[36] Die Eltern sind mithin weiterhin abhängig von der rechtlichen Entscheidung – „korrekte“ Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts – und dem tatsächlichen Handeln – Betreuung des Kindes in den „eigenen“ Zeiträumen – des jeweils anderen Elternteils. Weicht nun ein Elternteil von der gerichtlich intendierten Ausübungsweise des Aufenthaltsbestimmungsrechts ab, funktioniert das gesamte Wechselmodell nicht mehr. Es hat jedoch auch kein Elternteil mehr die Möglichkeit, völlig frei vom anderen den Kindesaufenthalt allein festzulegen, wenn das Wechselmodell scheitert. Ebendies ist aber, wie gesehen, der Zweck des § 1671

[35] *Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags e.V.*, Das Wechselmodell im deutschen Familienrecht, FamRZ 2014, 1157, 1160.

[36] Näher *Simon M. Marchlewski*, Das Wechselmodell im Kindschaftsrecht (Fn. 1), S. 226 f.

Abs. 1 BGB und des gerichtlichen Schlichtungsmandats: einem Elternteil zum Wohle des Kindes einen Vorsprung in der Entscheidungsmacht gegenüber dem anderen zu verschaffen und so die in Rede stehende Entscheidung dem Elternstreit zu entziehen, ohne sie jedoch den Eltern gänzlich aus der Hand zu nehmen. Gelingt dies nicht, werden sich die Eltern bald erneut vor Gericht wiederfinden, dieses Mal jedoch mit dem wesentlichen Unterschied, dass das Gericht nach § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB zu entscheiden hat. Die danach für eine Abänderung der gerichtlichen Entscheidung erforderlichen triftigen Gründe lassen sich aber jedenfalls nicht mit dem Elternstreit begründen, denn der bestand auch schon im Zeitpunkt der Erstentscheidung.[37] Damit wäre also eine gerichtliche Entscheidung in der Welt, die u.U. keine befriedende Wirkung entfaltet und noch nicht einmal abgeändert werden kann. Und die Gefahr, dass diese Entscheidung nicht befriedet, ist ungleich größer als im Falle der Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts an einen Elternteil allein. Denn während dieser genau das erhält, was er beantragt hat, wird demjenigen Elternteil, der das Wechselmodell gegenüber dem Gericht abgelehnt hat, mit dem zeitlich befristeten und damit verkürzten Aufenthaltsbestimmungsrecht eine Rechtsposition zugewiesen, die er so niemals wollte[38] und die er auch nicht dergestalt ausüben kann, dass sie einen aus seiner Sicht kindeswohlgerechten Aufenthalt hervorbringt.

„Fügen sich" die Eltern dagegen gleichsam der durch die Zuweisung der Rechtspositionen gerichtlich vorgezeichneten Wechselmodellpraxis, weil sie sich etwa aufgrund der Autorität des Gerichts dazu veranlasst sehen oder andernfalls eine gänzliche Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts fürchten, so hat das Gericht erfolgreich das aus seiner Sicht „beste" Betreuungsmodell durchgesetzt. Damit wird aber auch die Nähe zu einer Sachentscheidung deutlich, die – wie aufgezeigt[39] – zwar unzulässig, mit diesem Lösungsansatz jedoch gerade bezweckt ist. Schließlich sollen die Eltern das Kind ja genauso betreuen, wie es das Gericht für dem Kindeswohl am besten entsprechend (§ 1697a BGB) herausgestellt hat. Die Nähe zur gerichtlichen Sachentscheidung wird auch rechtlich fassbar, begreift man

[37] BeckOK BGB/*Veit*, 46. Ed. 1.5.2018, § 1696 BGB Rn. 1: kein Wiederaufrollen des früheren Rechtsstreits ohne Änderung der Verhältnisse.

[38] Damit ist noch ein weiteres Problem angesprochen, namentlich die Bindung an den Antrag entsprechend § 308 Abs. 1 ZPO, die die Zuweisung eines Aliuds verbietet (BeckOK BGB/*Veit*, 46. Ed. 1.5.2018, § 1671 BGB Rn. 17, 21. Ed. 1.11.2011, § 1671 Rn. 10; BeckOK ZPO/*Elzer*, 28. Ed. 1.3.2018, § 308 ZPO Rn. 16). Ein solches liegt nach hier vertretener Ansicht jedoch vor; ebenso OLG Schleswig, SchlHA 2017, 145, 150.

[39] Unter II.2.

das Aufenthaltsbestimmungsrecht als eine Rechtsposition, die ein zeitliches und ein örtliches Element enthält, mithin dazu befähigt, den Kindesaufenthalt auf Dauer oder für einen gewissen Zeitraum an einem bestimmten Ort festzulegen. Das zeitliche Element wiederum ist es, das den Unterschied ausmacht zwischen einem Residenzmodell – Kindesaufenthalt ganz überwiegend bei einem Elternteil – und einem Wechselmodell – (annähernd) gleiche Aufenthaltszeiträume bei beiden Elternteilen. Im Unterschied zur Beschränkung der gerichtlichen Entscheidung auf eine Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts an einen Elternteil allein, die sich im Falle elterlichen Konflikts als die geringstmögliche staatliche Intervention darstellt, füllt das Gericht mit einer Zuweisung der Rechtsposition im wiederkehrenden Wechsel die zeitliche Variable der Aufenthaltsbestimmung selbst aus. Solange sich die Eltern entgegen der gerichtlichen Entscheidung nicht doch noch einvernehmlich auf eine andere Aufenthaltsverteilung verständigen können, steht jeder Elternteil letztlich vor der Wahl, das Kind entweder in der vom Gericht vorgezeichneten Wechselfrequenz oder – bis auf Umgang – gar nicht mehr zu sehen. Hierin kann letzten Endes eine Ermessensreduzierung auf Null gesehen werden; vom elterlichen Recht zur Aufenthaltsbestimmung bleibt nicht viel mehr als eine leere Hülse.[40]

4. Ergebnis zu § 1671 Abs. 1 BGB

Damit kann zusammenfassend festgehalten werden, dass eine Entscheidung nach § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB jedenfalls nicht zu einem verbindlichen, durchsetzbaren Wechselmodell führt. Mit der zeitlichen Aufspaltung des Aufenthaltsbestimmungsrechts droht zudem eine Umgehung der von Verfassungs wegen begrenzten Entscheidungsmacht des Gerichts. § 1671 BGB eignet sich damit nicht als Rechtsgrundlage zur bindenden und vollstreckbaren Anordnung eines Wechselmodells.

III. Umgangsentscheidung nach § 1684 Abs. 3 S. 1 BGB

Ganz anders erscheint prima facie die Eignung des § 1684 Abs. 3 S. 1 BGB. Denn schon der Wortlaut stellt klar, dass das Gericht über den Umfang des Umgangsrechts entscheiden und auch seine Ausübung näher regeln kann. Es kann insbe-

[40] Ebenso OLG Jena, FamRZ 2016, 2126, 2127 („im Ergebnis eine Regelung der konkreten Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts bezweckt“); OLG Schleswig, SchlHA 2017, 145, 150 („Deckmantel“); ausführlich *Simon M. Marchlewski*, Das Wechselmodell im Kindschaftsrecht (Fn. 1), S. 225, 229 f., 232.

sondere auch den Ort des Umgangs und damit nichts anderes als den Kindesaufenthalt während des Umgangs festlegen.

Diese gerichtliche Entscheidungsbefugnis geht jedoch zulasten der Elternautonomie: In dem Umfang der gerichtlichen Umgangsentscheidung scheidet eine einseitige[41] elterliche Aufenthaltsbestimmung aus.[42] Andernfalls wäre es dem hauptsächlich betreuenden Elternteil möglich, den Umgang zu verhindern, indem er das Kind währenddessen zu sich nimmt, oder dadurch zu entwerten, dass er den Ort des Umgangs bei sich festlegt. Und doch knüpft § 1684 Abs. 3 S. 1 BGB diese gerichtliche Entscheidung, die sich auf den ersten Blick als Sachentscheidung ausgibt, nicht etwa an die Schwelle der Kindeswohlgefährdung, sondern an diejenige des § 1697a BGB, mithin an die Favorisierung der dem Kindeswohl am besten entsprechenden Lösung.

Diese zunächst als verfassungsrechtlich problematisch erscheinende Entscheidung des Gesetzgebers ist dies grundsätzlich nicht. Denn Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG nimmt den Staat in die Pflicht, dem umgangsberechtigten Elternteil „seine Hilfe [zu] leih[en], um dessen Recht [gemeint ist das von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Umgangsrecht] zu konkretisieren und notfalls auch gegen den Willen des anderen durchzusetzen“.[43] Abermals dient die gerichtliche Entscheidung lediglich dazu, einen Ausgleich zwischen den eigenständigen und je durch das Elternrecht geschützten Rechtspositionen der im Streit befindlichen Eltern herbeizuführen, ohne ihren Vorrang als Erziehungsträger anzutasten.[44] Die Festlegung des konkreten Kindesaufenthalts durch gerichtliche Entscheidung ist also ausnahmsweise möglich, um zu verhindern, dass das Elternrecht eines Elternteils – nämlich des umgangsberechtigten – in Kollision mit demjenigen des anderen als bloße Rechtsposition ohne Ausübungsmöglichkeit – gleichsam als leere rechtliche Hülse – „verkümmert zu werden“[45] droht. Der Staat vermittelt folglich lediglich zwischen den Elternrechten, indem er das eine – dasjenige des hauptsächlich betreuenden El-

[41] Ein einvernehmliches Abweichen bleibt möglich, ändert aber nichts an der Umgangsentscheidung; flammt der Elternkonflikt erneut auf, ist die gerichtliche Umgangsregelung weiterhin durchsetzbar (OLG Brandenburg, BeckRS 2016, 08366 Rn. 35; NZFam 2015, 1173; FamRZ 2014, 1859, 1860).

[42] BVerfGE 31, 194, 206 f. = FamRZ 1971, 421, 424; BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 20.

[43] BVerfGE 31, 194, 208 = FamRZ 1971, 421, 424 f.

[44] Nachw. in Fn. 23.

[45] BGHZ 42, 364, 371 = FamRZ 1965, 130, 131; BayObLGZ 1951, 530, 532; 1957, 134, 141 f.; 1959, 123, 124 a.E.

ternteils – gegenüber dem anderen zurücksetzt und es dadurch dem anderen Elternteil ermöglicht, sein Elternrecht überhaupt noch mit Leben zu füllen. Denn die Ausübung des Umgangsrechts kann wesentliche Grundlage dafür sein, das Elternrecht überhaupt (noch) wahrnehmen zu können.[46] Das Gericht drängt damit gerade nicht beide Elternrechte zurück und setzt sich in Bezug auf eine konkrete Kindesangelegenheit an die Stelle der Eltern. Es bewahrt vielmehr das Elternrecht des Umgang begehrenden Elternteils, das ausgehöhlt zu werden drohte, wäre dem betroffenen Elternteil ein angemessener Kontakt mit seinem Kind durch eine Rechtsausübung des anderen Elternteils verwehrt.

Diesen Eingriff in das Elternrecht des einen Elternteils unterhalb der Schwelle des § 1666 BGB haben sowohl das BVerfG als auch der BGH in seiner früheren Rechtsprechung allerdings eindeutig an den Zweck von Umgang (früher: „Verkehr“) gebunden:

> BVerfG: „Die Grenzen der staatlichen Maßnahmen ergeben sich zunächst aus ihrem Zweck: Die dem Inhaber der elterlichen Gewalt auferlegten Handlungs- und Duldungspflichten dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Wahrung und Konkretisierung des Verkehrsrechts erforderlich ist.“[47]

> BGH: „Über den Zweck des Verkehrsrechts des nichtsorgeberechtigten Elternteils hinaus darf […] in das Personensorgerecht des sorgeberechtigten Elternteils nicht eingegriffen werden.“[48]

Und diesen Zweck haben sie übereinstimmend wie folgt definiert:

> Das Umgangsrecht solle es „ermöglichen, sich von dem körperlichen und geistigen Befinden des Kindes und seiner Entwicklung durch Augenschein und gegenseitige Aussprache fortlaufend zu überzeugen, die verwandtschaftlichen Beziehungen zu dem Kind aufrechtzuerhalten, einer

[46] BVerfGE 121, 69, 94 f., 97 = FamRZ 2008, 845, Rn. 74, 78; OLG Brandenburg, FF 2012, 457, 458.

[47] BVerfGE 31, 194, 208 = FamRZ 1971, 421, 425.

[48] BGHZ 42, 364, 371 = FamRZ 1965, 130, 131 a.E.; auch bei BGHZ 51, 219, 221 f., 223 f. = FamRZ 1969, 148, 149 kommt die Anknüpfung von Regelung und Gestaltung des Umgangs im Einzelnen an den Zweck des Umgangsrechts klar zum Ausdruck; aus jüngerer Zeit OLG Brandenburg, FF 2012, 457, 458; Staudinger/*Rauscher*, 2014, § 1684 BGB Rn. 63.

> Entfremdung vorzubeugen sowie dem gegenseitigen Liebesbedürfnis Rechnung zu tragen.“[49]

§ 1684 Abs. 3 S. 1 BGB ermöglicht es damit zweifellos, zwecks Verhinderung eines Kontaktabbruchs des Kindes zu einem Elternteil den Kindesaufenthalt in Form von Umgang gerichtlich teilweise bei diesem Elternteil zu begründen. Doch meint „Umgang“ auch „gleichberechtigte Teilhabe“, wie es die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang bezeichnet und ganz überwiegend ablehnt?[50] Dies wäre nur dann zu bejahen, wenn ein Elternrecht andernfalls ausgehöhlt würde oder – um es mit dem „früheren“ BGH zu sagen – „verkümmert zu werden“[51] drohte. Ebendies, so kann man der „Wechselmodell-Entscheidung“ des BVerfG[52] entnehmen, ist jedoch nicht der Fall. Darin heißt es:

> „Die Einbeziehung aller Eltern in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 GG bedeutet nicht, dass allen Müttern und Vätern stets die gleichen Rechte im Verhältnis zu ihrem Kind eingeräumt werden müssen […]. Weil die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung nach einer Trennung eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraussetzt und ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen ihnen erfordert, obliegt es dem Gesetzgeber, den einzelnen Elternteilen bestimmte Rechte und Pflichten zuzuordnen, wenn die Voraussetzungen für eine gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung fehlen.“[53]

---

[49] BVerfGE 31, 194, 206 = FamRZ 1971, 421, 424; FamRZ 1995, 86, 87; K 9, 274, 277 = FamRZ 2007, 105 a.E.; FamRZ 2007, 531, 533; BVerfGK 17, 407, 411 = FamRZ 2010, 1622; K 20, 135, 141 = FamRZ 2013, 361, 362; FamRZ 2013, 433; BGHZ 42, 364, 371 = FamRZ 1965, 130, 131 f.: „kein Erziehungsrecht“ (132); Z 51, 219, 222 = FamRZ 1969, 148, 149; FamRZ 1984, 778, 779. Anerkannt ist mittlerweile auch die Zweckrichtung, „die gewachsenen Beziehungen zwischen Kind und Eltern fortzusetzen, zu pflegen und so zu einer gedeihlichen Entwicklung des Kindes beizutragen“ (OLG Dresden, MDR 2016, 1456; Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/*Peschel-Gutzeit*, NomosKommentar BGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2014, § 1684 BGB Rn. 9; Palandt/*Götz*, 77. Aufl. 2018, § 1684 BGB Rn. 1).

[50] OLG Brandenburg, FamRZ 2010, 1352, 1353; OLG Dresden, MDR 2016, 1456; OLG Hamm, FamRZ 2012, 1883; OLG Jena, FamRZ 2016, 2126; OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, 1736, 1737; OLG Köln, FamFR 2012, 335; OLG Nürnberg, FamRZ 2016, 2119, 2120 (aufgehoben vom BGH, FamRZ 2017, 532); FamRZ 2011, 1803 f.; OLG Saarbrücken, FamRZ 2015, 62, 63; MDR 2014, 1326 (einstw. AO); OLG Schleswig, SchlHA 2017, 145, 150.

[51] Fn. 45.

[52] BVerfG, FamRZ 2015, 1585.

[53] BVerfG, FamRZ 2015, 1585, Rn. 11; siehe auch BVerfGE 92, 158, 178 f. = FamRZ 1995, 789, 792; E 107, 150, 169 = FamRZ 2003, 285, 287.

Damit wird offenbar: Das Grundgesetz verlangt gerade keine Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Verantwortung um jeden Preis, vielmehr umgekehrt deren Auflösung, wenn es den Eltern nicht (mehr) gelingt, zum Wohle des Kindes zusammenzuwirken. Dann kann aber auch keine Aushöhlung eines Elternrechts dadurch drohen, dass sein Träger nicht eine gleichberechtigte Teilhabe am Leben des Kindes erzwingen kann, solange er nur in einem Mindestmaß sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher Verantwortung für sein Kind bleibt.[54] Droht keine Aushöhlung eines Elternrechts, so ist es auch nicht die Aufgabe des Staates als Schlichter, diesem Elternrecht unter Eingriff in dasjenige des anderen Elternteils zur Durchsetzung zu verhelfen. Entsprechend kann das vom BVerfG unter den Schutz des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gestellte Umgangsrecht kein Recht eines Elternteils auf die gerichtliche Durchsetzung einer gleichberechtigten Teilhabe und damit eines Wechselmodells verschaffen, weil damit staatlicherseits über das erforderliche Maß hinaus in das schließlich immer noch den Eltern (oder dem anderen Elternteil allein) zustehende Aufenthaltsbestimmungsrecht eingegriffen würde.

Das Umgangsrecht besteht also, wenn dies auch einfachgesetzlich bisher keinen Ausdruck gefunden hat,[55] nicht grenzenlos, sondern muss dort enden, wo das Aufenthaltsbestimmungsrecht leerzulaufen droht. Zu Recht formuliert die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass das Umgangsrecht zwar die Befugnis, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, einzuengen, nicht aber an deren Stelle zu treten vermag.[56] Was jedoch hält das Gericht davon ab, nicht nur den Umgang des einen Elternteils mit 50%, sondern sogleich auch denjenigen des anderen in gleichem Umfang zu regeln? Das Ergebnis wäre ein bindendes, beständiges und durchsetzbares Wechselmodell. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht freilich wäre nicht mehr.

---

[54] Ausführlich zu dieser Schlussfolgerung *Simon M. Marchlewski*, Das Wechselmodell im Kindschaftsrecht (Fn. 1), S. 302 f., allgemein zur Anordnung eines Wechselmodells durch Entscheidung nach § 1684 Abs. 3 S. 1 BGB S. 240 ff.

[55] BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 8, 24.

[56] OLG Brandenburg, FF 2012, 457, 458 = FamRZ 2012, 1886 (1. LS); OLG Jena, FamRZ 2016, 2126, 2127; *Stephan Hammer*, Die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells, FamRZ 2015, 1433, 1439; *Heike Hennemann*, Das Wechselmodell als Umgangsregelung – eine überzeugende Lösung?, NJW 2017, 1787 f.; BeckOK BGB/*Veit*, 46. Ed. 1.5.2018, § 1671 BGB Rn. 34; Soergel/*Runge-Rannow*, 13. Aufl. 2016, § 1671 BGB Rn. 39.

IV. Kindesschutzmaßnahme nach § 1666 BGB

Was bleibt, ist die Anordnung eines Wechselmodells als kindesschutzrechtliche Maßnahme nach § 1666 Abs. 1 BGB. Dies beschränkt sich aber auf seltene Fallgestaltungen, in denen nicht nur die Einigungsfähigkeit der Eltern zu verneinen ist, sondern auch kein Elternteil für ein Residenzmodell bei sich zur Verfügung steht bzw. dieses jeweils kindeswohlgefährdend wäre.[57] Wurde in der Vergangenheit allerdings bereits ein Wechselmodell praktiziert und lässt sich feststellen, dass die Missachtung des vom Kind geäußerten und auf die Fortsetzung des Wechselmodells gerichteten Willens Auswirkungen negativer Art auf seine weitere Entwicklung, mithin eine erhebliche Gefährdung seines Wohls ernsthaft befürchten ließe, so kommt eine Entscheidung nach § 1666 BGB durchaus in Betracht.[58]

V. Gerichtlich gebilligter Vergleich nach § 156 Abs. 2 FamFG

Die Verfassung lässt zusammenfassend eine gerichtliche Sachentscheidung nicht zu, solange die Eltern bzw. ein Elternteil bereitsteht, eine nicht kindeswohlgefährdende Aufenthaltsbestimmung zu treffen. Eine Einmischung des Staates in die elterliche Erziehung scheidet nämlich aus, „soweit und solange Fragen [lediglich] von ‚gut' oder ‚besser' zur Entscheidung stehen".[59] Er ist nicht berechtigt, „die Eltern zu einer bestimmten Art und Weise der Erziehung ihrer Kinder zu drängen", ihnen etwa „die Art und Weise der Betreuung des Kindes" vorzugeben,[60]

---

[57] So auch AG Konstanz, FamRZ 2016, 476, 477: § 1666 BGB als die einzige dem Familiengericht eine direkte Entscheidungsbefugnis verleihende Norm, die jedoch letztlich nur „von theoretischem Interesse" sei, weil die in einem Wechselmodell erforderlichen „gesteigerten erzieherischen Fähigkeiten der Elternteile" selten mit einer Kindeswohlgefährdung einhergehen dürften.

[58] OLG Brandenburg, NJW-RR 2010, 872: Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf das Jugendamt als Pfleger; zust. *Tobias Fröschle*, Sorge und Umgang, Bielefeld 2013, Rn. 272. Zu dieser Frage näher *Simon M. Marchlewski*, Das Wechselmodell im Kindschaftsrecht (Fn. 1), S. 234 ff., 336 ff.

[59] *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, Zur Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule, in: Joseph Krautscheidt/Heiner Marré (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Münster 1980, 54, 76 (Hervorhebung bereits im Original); ihm folgend Kahl/Waldhoff/Walter/*Jestaedt*, Bonner Kommentar (Fn. 21), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG Rn. 42; ähnlich *Walter Schmitt Glaeser*, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung, Bielefeld 1980, S. 58; *ders.*, Die Eltern als Fremde, DÖV 1978, 629, 634.

[60] BVerfGE 99, 216, 232 = FamRZ 1999, 285, 287.

und darf „seine eigenen Vorstellungen von einer gelungenen Kindererziehung grundsätzlich nicht an die Stelle der elterlichen Vorstellungen setzen“.[61]

Das einfache Recht bestätigt diese verfassungsrechtliche Vorgabe. Eine verbindliche, beständige und vollstreckbare Aufenthaltsregelung, die das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht im Ergebnis ausschaltet, lässt sich weder auf § 1671 Abs. 1 BGB noch § 1684 Abs. 3 S. 1 BGB, sondern nur im Ausnahmefall auf § 1666 Abs. 1 BGB stützen. Daraus folgt, dass die Initiative für solch eine Aufenthaltsregelung von den Eltern ausgehen, die Aufenthaltsbestimmung also Resultat der Ausübung ihrer Rechtspositionen sein muss. Die Lösung des Problems ist somit nicht in der streitigen Anordnung eines Wechselmodells und damit auch nicht in der Schaffung einer speziellen, das Familiengericht hierzu ermächtigenden Rechtsgrundlage zu suchen. Staatliche Bemühungen, die Praktizierung von Wechselmodellen zu befördern, sollten vielmehr auf die Herbeiführung eines entsprechenden übereinstimmenden Elternwillens gerichtet sein.[62] Diese Art der Betreuung muss den Eltern gegebenenfalls erst zur Kenntnis gebracht und sie müssen in die Lage versetzt werden, das Wechselmodell auch zum Wohle des Kindes zu praktizieren.[63] Angesprochen sind damit die Beratung der Eltern durch das Jugendamt nach § 17 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 SGB VIII und die Aufgabe des Gerichts, in Kindschaftssachen in jeder Lage des Verfahrens gemäß § 156 Abs. 1 FamFG auf ein Einvernehmen hinzuwirken.

Zur Erreichung des gesteckten Ziels – einer verbindlichen, beständigen und vollstreckbaren Aufenthaltsregelung – ist es dann aber noch erforderlich, dieses Einvernehmen der Eltern über die Aufenthaltsbestimmung in eine rechtlich verbindlichere und durchsetzbare Form zu gießen. Hierzu bietet sich das Institut des gerichtlich gebilligten Vergleichs (§ 156 Abs. 2 FamFG) an. Dessen Regelungsgegenstand wird verbindlich festgelegt – es gilt § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB über § 166 Abs. 1 FamFG – und ist unmittelbar der Vollstreckung zugänglich (§ 86 Abs. 1

[61] BVerfG, FamRZ 2015, 112, Rn. 29 m.w.N.

[62] *Stefan Treichel*, Familien- und grundsicherungsrechtliche Anmerkungen zum Wechselmodell, NZFam 2016, 1128, 1130, 1132; für die USA *Marsha Kline Pruett/J. Herbie DiFonzo*, Closing the gap: research, policy, practice, and shared parenting, AFCC Think Tank Final Report, Family Court Review (2014), 52 (2), 152, 167 (Consensus Point 7).

[63] Für die Einführung eines „verpflichtenden Sorgeplans“, der im Rahmen eines sozialpädagogischen Verfahrens mit fachlicher Unterstützung der Eltern unter Beteiligung des Kindes erarbeitet werden soll, *Kerima Kostka*, Wechselmodell hin, Residenzmodell her? Zur Stärkung der Subjektstellung des Kindes bei Trennung der Eltern, in: Stefan Heilmann/Katrin Lack (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Festschrift für Ludwig Salgo zum 70. Geburtstag, Köln 2016, 159, 172 ff.

Nr. 2 FamFG). Da sich die Eltern durch ihre Sorgeausübung auch selbst zur entsprechenden Betreuung des Kindes verpflichten, ist im Unterschied zu einer Entscheidung nach § 1671 Abs. 1 BGB auch die Aufnahme und Betreuung des Kindes erzwingbar.[64]

§ 156 Abs. 2 FamFG gilt jedoch nur für ein Einvernehmen über den Umgang oder die Herausgabe des Kindes. Einer analogen Anwendung auf eine Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und damit auf eine sorgerechtliche Angelegenheit könnte das Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke entgegenstehen. Denn den Vorschlag des Bundesrates im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum FGG-RG,[65] alle Kindschaftssachen i.S.d. § 156 Abs. 1 S. 1 FamFG[66] auch in dessen Abs. 2 aufzunehmen,[67] lehnte die Bundesregierung ausdrücklich ab. Sie argumentierte:

> „In Bezug auf die elterliche Sorge und das Aufenthaltsbestimmungsrecht als eines Teilbereiches hieraus ist ein gerichtlich gebilligter Vergleich ausgeschlossen, weil die Beteiligten hierüber nicht disponieren können. Insoweit gelten die Vorschriften des materiellen Rechts, das die Übertragungen der elterlichen Sorge auf einen Elternteil an eine gerichtliche Entscheidung und an bestimmte Voraussetzungen knüpft (§§ 1671, 1672 und 1680 Abs. 2, 3 BGB)."[68]

Wie gesehen, geht es den Eltern vorliegend jedoch gar nicht um eine Übertragung der elterlichen Sorge und damit eine Veränderung des Sorge*status*, die Gegenstand der von der Bundesregierung angeführten Vorschriften des materiellen Kindschaftsrechts ist. Soll eine Aufenthaltsregelung der Eltern in einen gerichtlich gebilligten Vergleich aufgenommen werden, so liegt dieser vielmehr eine *Ausübung* der elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechtspositionen zugrunde. Und diese steht mit Blick auf § 1631 Abs. 1 BGB, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zweifellos zur Disposition der Eltern. Nicht anders verhält es sich im Falle einer Umgangsregelung, die aus-

[64] Freilich unter Berücksichtigung der Rspr. des BVerfG zur Erzwingung von Umgang gegen den Willen des umgangsberechtigten Elternteils: FamRZ 2008, 845.

[65] Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) vom 17.12.2008, BGBl. I, S. 2586.

[66] Dies sind solche, die die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung, den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen.

[67] BT-Drs. 16/6308, S. 376.

[68] BT-Drs. 16/6308, S. 414.

drücklich Gegenstand des § 156 Abs. 2 FamFG sein kann: Auch das Umgangsrecht steht als solches nicht zur Disposition der Eltern, materiell-rechtlich kann auf dieses ebenso wenig wie auf die elterliche Sorge verzichtet werden;[69] die Regelung des Umgangs ist demgegenüber als Ausübung der elterlichen Umgangsrechte gleichfalls zuvörderst in die Hände der Eltern gelegt.[70] Greift somit das Argument der Bundesregierung nicht durch, so kann die Planwidrigkeit der Regelungslücke bejaht werden.

§ 156 Abs. 2 FamFG kann daher schon de lege lata analog auf elterliche Aufenthaltsregelungen angewendet werden.[71] De lege ferenda sollte er jedenfalls auf Regelungen des Kindesaufenthalts, wenn nicht auf sämtliche Sorgeangelegenheiten – freilich stets beschränkt auf die *Ausübungsebene* – erweitert werden.[72]

VI. Ergebnis

Damit ist das Ziel erreicht: Eine bindende, beständige und durchsetzbare Aufenthaltsregelung, die wegen der gerichtlichen Prüfung (§ 156 Abs. 2 S. 2 FamFG) das Kindeswohl im Blick hat und die auf einem elterlichen Konsens fußt. Dieser elterliche Konsens, und das kristallisiert sich aus der psychologischen und soziologischen Forschungslage zusehends heraus,[73] ist Bedingung für das Gelingen eines Wechselmodells, und zwar sowohl aus der Perspektive der Eltern als insbesondere auch aus der Perspektive des Kindes.

---

[69] Staudinger/*Rauscher*, 2014, § 1684 BGB Rn. 47, 118.

[70] BeckOK BGB/*Veit*, 46. Ed. 1.5.2018, § 1684 BGB Rn. 12.

[71] Ausführlich zur analogen Anwendbarkeit des § 156 Abs. 2 FamFG *Simon M. Marchlewski*, Das Wechselmodell im Kindschaftsrecht (Fn. 1), S. 124 ff.

[72] Zuletzt gefordert auch vom *Vorstand des Deutschen Familiengerichtstags e. V.*, 22. Deutscher Familiengerichtstag – Empfehlungen des Vorstands (abrufbar unter http://www.dfgt.de/resources/2017_Vorstandsempfehlungen.pdf), unter C. III. 2., S. 6.

[73] *Jennifer McIntosh*, Legislating for shared parenting: exploring some underlying assumptions, Family Court Review (2009), 47 (3), 389, 394; *dies./Bruce Smyth/Yvonne Wells/Caroline Long*, Parenting arrangements post-separation: patterns and outcomes, Part I, A longitudinal study of school-aged children in high-conflict divorce, in: Jennifer McIntosh/Bruce Smyth/Margaret Kelaher/Yvonne Wells/Caroline Long (Hrsg.), Post-separation parenting arrangements and developmental outcomes for infants and children, Collected reports: Three reports prepared for the Australian Government Attorney General's Department: Canberra, Victoria, Australia, 2010, 36, 73; *Amandine Baude/Jessica Pearson/Sylvie Drapeau*, Child Adjustment in Joint Physical Custody Versus Sole Custody: A Meta-Analytic Review, Journal of Divorce & Remarriage (2016), 57 (5), 338, 341, 355.

Überlegungen zu einer grundlegenden Reform des Sorge- und Umgangsrechts[1]

Stephan Hammer[2]

---

[1] Der Text basiert auf einem Referat des Autors beim „15. Göttinger Workshop zum Familienrecht" am 20. Oktober 2017. Er bezieht weitergehende Überlegungen aufgrund der anschließenden Podiumsdiskussion mit ein. In erweiterter Form hat der Autor das Referat auch zu Beginn des gemeinsam mit Frau Dr. jur. Dipl. Psych. Anja Kannegießer geleiteten Arbeitskreises 8 „Reformansätze im Sorge- und Umgangsrecht" beim 22. DFGT am 29. Juni 2017 gehalten.

[2] Z.Zt. abgeordnet an das Kammergericht, Berlin.

Die letzte große Reform des Sorge- und Umgangsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz[3] liegt 20 Jahre zurück, so dass sich schon allein aufgrund des Zeitablaufs die Frage stellt, ob es nicht einer grundlegenden Überarbeitung der Regelungen zum Sorge- und Umgangsrecht bedarf. Bei 96% aller Scheidungen bleibt es heutzutage bei der gemeinsamen elterlichen Sorge der Eltern, in nur 2.808 Fällen wurde im Jahr 2013 die elterliche Sorge ganz oder teilweise auf einen Elternteil allein übertragen.[4] Dagegen werden insbesondere Umgangsverfahren zunehmend erbitterter geführt, zugenommen haben auch Verfahren nach § 1628 BGB, in denen es um streitige Einzelfragen gemeinsam sorgeberechtigter Eltern z.B. über die Taufe des Kindes, Impfungen, Namensbestimmung oder Urlaubsreisen ging.[5]

Besonders beschäftigen die Rechtspraxis derzeit zudem die Rechtsfragen, die durch die gemeinschaftliche Betreuung von Kindern auch bei getrenntlebenden Eltern im Rahmen des sog. „Wechselmodells" bzw. des sog. „erweiterten Umgangs" aufgeworfen werden. Aufgrund der rechtstatsächlichen Entwicklung, besonders aber seit der BGH die gerichtliche Anordnung auch einer genau hälftig geteilten Betreuung bereits nach geltendem Recht für grundsätzlich zulässig erachtet hat,[6] sind Forderungen nach Überprüfung der geltenden Regelungen zur elterlichen Sorge und zum Umgang getrenntlebender Eltern lauter geworden, etwa seitens der Justizministerkonferenz[7] und des Deutschen Familiengerichtstages.[8]

[3] KindRG vom 16.12.1997, in Kraft seit 1.7.1998.

[4] Pressemitteilung des *Statistischen Bundesamtes* vom 12. Mai 2015 (abrufbar unter http://bitly.com/2jH5DCY); vgl. auch *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10 Reihe 2.2., Familiengerichte, 2016, S. 11.

[5] Vgl. aus jüngster Zeit BGH, FamRZ 2017, 1057; BGH, FamRZ 2017, 119; OLG Dresden, FamRZ 2016, 2141; KG, FamRZ 2016, 2111; OLG Karlsruhe, FamRZ 2016, 1376; OLG Stuttgart, FamRZ 2016, 1378; OLG Frankfurt, FamRZ 2016, 1595.

[6] BGH, FamRZ 2017, 532.

[7] Beschluss der Justizministerinnen und Justizminister auf der Frühjahrskonferenz vom 21./22. Juni 2017 (abrufbar unter http://bitly.com/2ibp06V): „Die Justizministerinnen und Justizminister sind der Auffassung, dass mit dem ‚Wechselmodell' als Alternative zum bisherigen gesetzlichen Leitbild des Residenzmodells so wesentliche Wertentscheidungen verbunden sind, dass sich die Rechtspolitik dieser Diskussion ausgerichtet am Wohl des Kindes stellen sollte. Die Justizministerinnen und Justizminister sprechen sich deshalb dafür aus zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche gesetzlichen Regelungen zum Wechselmodell geboten sind."

[8] *Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags*, Das Wechselmodell im deutschen Familienrecht, FamRZ 2014, 1157, 1166; vgl. auch die kritische Stellungnahme des *Vorstandes des DFGT* zur Entscheidung des BGH vom 1. Februar 2017 zur gerichtlichen Anordnung des Wechselmodells (Fn. 6), FamRZ 2017, 584.

Gleichwohl gibt es bisher – anders als etwa bezüglich des Abstammungsrechts – kaum eine fachliche Diskussion darüber, worin genau eigentlich der Reformbedarf besteht und was mögliche Lösungsansätze wären.

Die nachfolgenden Überlegungen sollen daher einen Anstoß zur Diskussion geben, ohne dass alle rechtssystematischen Implikationen bereits vollständig durchdacht wären – hierfür bedarf es vielmehr noch des ausführlichen fachlichen Diskurses.

I. Probleme der geltenden Gesetzeslage: Zu unflexibel, zu kompliziert

Ein zentrales Problem der geltenden Gesetzeslage ist, dass sie bei getrenntlebenden Eltern ausschließlich darauf zugeschnitten ist, dass ein Elternteil – auch bei gemeinsamer elterlicher Sorge – das Kind weit überwiegend betreut (also im herkömmlichen Sinne „alleinerziehend" ist) und der andere Elternteil im Wesentlichen Umgang mit dem Kind am Wochenende, an Feiertagen und in den Ferien hat. Der „Umgangselternteil" kann und soll nur in Angelegenheiten der „tatsächlichen" Betreuung allein entscheiden und zwar unabhängig davon, ob er mitsorgeberechtigt ist (§ 1687 Abs. 1 S. 4 BGB) oder ob er nicht (mehr) sorgeberechtigt ist (§ 1687a BGB). Nur in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung sollen gemeinsam sorgeberechtigte Elternteile auch gemeinsam entscheiden müssen (§ 1687 Abs. 1 S. 1 BGB), in Alltagsfragen („Angelegenheiten des täglichen Lebens") entscheidet der hauptsächlich betreuende Elternteil allein (§ 1687 Abs. 1 S. 2 BGB).

Auch wenn die überwiegende Betreuung durch einen Elternteil statistisch tatsächlich immer noch das deutlich am häufigsten praktizierte Betreuungsmodell bei getrenntlebenden Eltern ist, hat es doch in den letzten 20 Jahren eine deutliche Entwicklung dahingehend gegeben, dass auch der „Umgangselternteil" Alltagsverantwortung für das Kind mit übernehmen will. Der sog. „erweiterte Umgang" mit einzelnen Betreuungszeiten unter der Woche stellt jedenfalls in der familiengerichtlichen Praxis gegenüber dem früheren reinen „Wochenendumgang" mittlerweile fast schon die „übliche" Umgangsregelung dar. Zusätzlich wird aber heute eine große Vielfalt von verschiedenen Betreuungsmodellen mit oder ohne gerichtliche Regelung gelebt: geteilte Betreuung der Kinder in beiden Elternhaushalten mit einem Umfang von einzelnen Nachmittagen unter der Woche bis hin zur genau

hälftigen Betreuung, aber auch geteilte Betreuung des Kindes in einem Haushalt ohne Wechsel des Kindes („Nestmodell“) sowie eine Vielzahl von Mischformen. Die genaue Zahl dieser Betreuungsmodelle ist nicht bekannt, erste Erhebungen gehen jedoch von einer Größenordnung geteilter Betreuung von 5% aus,[9] bei Akademikerfamilien beträgt der Anteil sogar 17-20%.[10] Der Gesetzgeber hat diese gesellschaftliche Entwicklung in verschiedener Weise unterstützt, etwa durch die sog. „Vätermonate“ beim Elterngeld und die Reform des Unterhaltsrechts 2008 mit der Betonung der Eigenverantwortung auch des hauptsächlich kinderbetreuenden Elternteils für den eigenen Unterhalt sowie den Ausbau der Betreuung in Kindertagesstätten, der insbesondere die Erwerbstätigkeit von Müttern fördert. Im Blick zu behalten ist jedoch, dass das klassische Residenzmodell auch heute die bei weitem häufigste Betreuungsform bei getrenntlebenden Eltern ist und bei ca. 20 bis 25% der Familien ein Elternteil nach der Trennung gar keinen Kontakt mit dem Kind hat.[11]

Spätestens mit der Entscheidung des BGH vom 1.2.2017[12] zur gerichtlichen Anordnung einer hälftigen Betreuung durch beide Eltern – die bezüglich der grundsätzlichen Möglichkeit der Anordnung eines „Wechselmodells“ als auch der hierfür maßgeblichen engen Entscheidungskriterien im Grundsatz zu begrüßen ist – sind viele grundsätzliche Fragen zum Verhältnis von Sorge- und Umgangsrecht aufgeworfen worden. So hat der BGH die Anordnung der wechselnden Betreuung auf die Vorschrift zur Regelung des Umgangs gestützt, dabei aber die bisher für die Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach § 1671 BGB maßgeblichen Kriterien (insbesondere Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit, Erziehungsfähigkeit der Eltern, Bindungen des Kindes, Prinzipien der Förderung und der Kontinuität) angewendet.[13] Zudem hat er damit die Frage aufgeworfen (aber offen gelassen),[14] in welchem Verhältnis die Übertragung des Aufenthaltsbestim-

---

[9] *Sabine Walper*, Arrangements elterlicher Fürsorge nach Trennung und Scheidung, in: Deutscher Familiengerichtstag e.V. (Hrsg.), 21. Deutscher Familiengerichtstag vom 21. bis 24. Oktober 2015 in Brühl, Ansprachen und Referate – Berichte und Ergebnisse der Arbeitskreise, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 19, Bielefeld 2016, 99, 126, ausgehend von einer Betreuungsverteilung von 60:40 bis 50:50.

[10] *Sabine Walper*, Arrangements elterlicher Fürsorge nach Trennung und Scheidung (Fn. 9), 99, 126: Strenges und asymmetrisches Wechselmodell.

[11] *Sabine Walper*, Arrangements elterlicher Fürsorge nach Trennung und Scheidung (Fn. 9), 99, 124 ff.

[12] BGH, FamRZ 2017, 532.

[13] BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 25 ff.

[14] BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 19, 21.

mungsrechts nach § 1671 BGB – mit der bisher Konflikte um den Aufenthalt des Kindes gelöst wurden – und die Regelung des Umgangs nach § 1684 BGB zueinander stehen.[15]

Unabhängig davon erscheinen die gesetzlichen Regelungen über die Ausübung der elterlichen Sorge und die Betreuung des Kindes einerseits kompliziert und zugleich für die angemessene Lösung von Einzelfällen unflexibel, weil sie auf verschiedene Normen und damit verschiedene Verfahren verteilt sind, nämlich Verfahren zur Regelung des Sorgestatus (§§ 1626a, 1671 BGB), Verfahren zur Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge (§§ 1628, 1687 Abs. 2 BGB) und Verfahren zur Regelung des Umgangs (§ 1684 Abs. 3 BGB). Andererseits eröffnen sich dadurch vielfältige „Kampfarenen", um den Status der „Alleinsorge" und das „Wechselmodell" wird oft wie um eine Trophäe gestritten, ohne dass es dabei um das Kind oder den eigentlichen Konflikt der Eltern geht.

II. Allgemeine Reformziele

Aus der dargestellten Problemlage ergibt sich das Bedürfnis einer grundlegenden Überprüfung der gesetzlichen Regelungen, die sich nicht auf die „Regelung des Wechselmodells" – was auch immer man genau darunter versteht – beschränken kann. In folgenden Punkten wäre eine Verbesserung anzustreben:

1. Einfachere Regelungen

Es sollte möglichst weniger Tatbestände und Verfahrensgegenstände geben, das Zusammenspiel verschiedener Regelungen sollte weniger kompliziert sein.

2. Ermöglichung flexibler und individueller Konfliktlösungen

Im gerichtlichen Verfahren sollte die Möglichkeit bestehen, für die konkrete Familie mit ihren jeweiligen Konflikten eine geeignete, umfassende Regelung zu finden (Erfordernis der „im Einzelfall herzustellenden Passung").[16]

---

[15] Dazu etwa *Alexander Schwonberg*, FamRZ 2017, 536 (Anm. zu BGH, FamRZ 2017, 532); *Heike Hennemann*, Das Wechselmodell als Umgangsregelung – eine überzeugende Lösung?, NJW 2017, 1787; *Vorstand des Deutschen Familiengerichtstags e.V. [DFGT] v. 9.3.2017*, Gerichtliche Anordnung eines paritätischen Wechselmodells, FamRZ 2017, 584.

[16] *Sabine Walper/Heinz Kindler*, Das Wechselmodell im Kontext elterlicher Konflikte, NZFam 2016, 820, 824.

3. Transparentere Entscheidungsgrundlagen

Es sollte für die Betroffenen nachvollziehbarer sein, wie das Gericht zu seiner Entscheidung gelangt ist und welche Wertungen es dieser zugrunde gelegt hat. Dies könnte die Akzeptanz der gerichtlichen Regelung fördern und damit die konfliktlösende Wirkung der gerichtlichen Entscheidung verbessern.

4. Kohärentere Regelungen

Zu prüfen wäre schließlich, ob die verschiedenen Kindeswohlschwellen in den verschiedenen Regelungen kohärent sind. Hierzu gehört auch die Frage, ob es gerechtfertigt ist, dass einzelne Verfahren im Bereich des Sorge- und Umgangsrechts außerhalb einer Kindeswohlgefährdung auch oder nur von Amts wegen eingeleitet werden können, etwa Umgangsverfahren nach § 1684 BGB oder sämtliche Abänderungsverfahren (§ 1696 Abs. 1 BGB), oder ob die Familiengerichte nicht nur auf Antrag eines Elternteils entscheiden können und müssen.[17]

III. Konkrete Reformansätze

Ausgehend von diesen Leitlinien bestehen vor allem drei Bereiche, die in Bezug auf die gemeinsame Verantwortung der Eltern im Rahmen einer Reform anzugehen wären: (1) Lösung von Konflikten gemeinsam sorgeberechtigter Eltern ausschließlich auf der Ebene der Ausübung der gemeinsamen Elternverantwortung, (2) Fortentwicklung der Regelungen zu Vertretungs- und Entscheidungsbefugnissen bei gemeinsamer Elternverantwortung sowie (3) die rechtliche Ausgestaltung und Stärkung von Elternvereinbarungen.

1. Konfliktlösung auf der Ebene der Ausübung der elterlichen Verantwortung, insbesondere gerichtliche Betreuungsregelung

Die gerichtliche Lösung der Konflikte von Eltern mit gemeinsamer Sorge sollte nicht mehr in getrennten Verfahren auf der Ebene des Sorgestatus (§ 1671 BGB), der Sorgeausübung (§§ 1628, 1687 Abs. 2 BGB) und des Umgangs (§ 1684 BGB) erfolgen. Es ist vielmehr ausreichend, allein auf der Ebene der Ausübung der gemeinsamen Elternverantwortung Regelungen zu treffen, soweit sie erforderlich

[17] Dazu ausführlich *Fritz Rolf Osthold*, Antrags- und Amtsverfahren in Kindschaftssachen nach dem FamFG, FamRZ 2017, 1643; Prütting/Helms/*Hammer*, FamFG Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 151 Rn. 42 f., § 166 Rn. 10 f., § 167 Rn. 7 f.

erscheinen. Beiden Eltern sollte daher auch bei Getrenntleben die gemeinsame Verantwortung weiterhin zustehen, die Trennung sollte kein Grund sein, einem Elternteil den Sorgestatus (d.h. die „Inhaberschaft" der elterlichen Sorge als solche) zu entziehen, wie das bei Entscheidungen nach § 1671 BGB bisher der Fall ist,[18] auch wenn dabei immer von „Übertragung" der elterlichen Sorge auf einen Elternteil allein gesprochen wird, was von dem betroffenen Elternteil allerdings meist nicht anders als ein „Entzug" empfunden wird. Eine Ausnahme wäre wie auch sonst das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB: Bei einem solchen Sorgeentzug übt dann der andere Elternteil die elterliche Sorge nach § 1680 BGB allein aus, und dem nicht mehr sorgeberechtigten Elternteil verbleibt lediglich das Umgangsrecht nach § 1684 BGB.

Faktisch hat der BGH diesen Weg bereits nach geltendem Recht beschritten, indem er den Konflikt um die Anordnung einer hälftigen Betreuung im Rahmen der Umgangsausübung nach § 1684 BGB löst, dabei aber die Kriterien zur „Erhaltung" bzw. „Aufhebung" des gemeinsamen Sorgestatus (d.h. aus Entscheidungen nach § 1671 BGB) anwendet, indem er insbesondere maßgeblich auf die Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern abstellt.[19] Es wurde allerdings bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass diese Maßstäbe grundsätzlich auch bei sog. „erweiterten Umgängen", d.h. einer Alltagsbetreuung durch beide Eltern jenseits einer genau hälftigen Betreuung anzuwenden sind.[20] Auch die Ausweitung und Einschränkung von Alleinentscheidungsbefugnissen kann auf Ausübungsebene erfolgen, wie das bei § 1628 BGB (Übertragung der Entscheidungsbefugnisse in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung) und § 1687 Abs. 2 BGB (Einschränkung der Alleinentscheidungsbefugnisse eines Elternteils in Alltagsangelegenheiten) bereits jetzt möglich ist. Dies würde lediglich um die gerichtliche Einräumung der Befugnis zur Alleinentscheidung in näher bezeichneten Angelegenheiten (z.B. medizinische Angelegenheiten, schulische Angelegenheiten usw.) erweitert werden.

Dementsprechend sollte ein Streit um den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes bei einem Elternteil bzw. die Aufteilung der Betreuung unter den Eltern nicht mehr durch Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts als Teil des Sorgestatus gelöst werden, sondern auf Ausübungsebene durch Regelung der Betreuung

---

[18] Ebenso Empfehlungen des *Vorstands des DFGT* nach dem 22. DFGT 2017, C. III. 1. aufgrund der Ergebnisse des AK 8, These 3, die mit 32:2:6 Stimmen angenommen wurde.

[19] BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 25.

[20] OLG Schleswig, FamRZ 2016, 1788, 1790; ebenso BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 25.

(d.h. Anordnung der Übergabe des Kindes zwischen den Eltern und damit Zuweisung der Alltagsverantwortung). Dadurch wird der Staat seinem Schlichterauftrag im elterlichen Konflikt gerecht, ohne in den Sorgestatus einzugreifen.[21] Die derzeit schwierige Abgrenzung zwischen Umgangsregelung (bisher § 1684 Abs. 3 BGB) und Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts (§ 1671 BGB) würde sich dann erübrigen. Will ein Elternteil mit dem Kind umziehen, wäre dies eine Frage der Einräumung der Alleinentscheidungsbefugnis (Umzug nach Ort XY), die dann ebenfalls auf der Ebene der Ausübung der Elternverantwortung zu treffen wäre, wobei im Einzelfall zu entscheiden wäre, ob nur über den konkret anstehenden Umzug zu entscheiden ist (ein erneuter Umzug wäre dann eine erneute Einzelfrage), oder ob aus gewichtigen Gründen alle künftigen Umzüge erfasst sein sollen.

Die Vermutungsregelung in § 1626 Abs. 3 S. 1 BGB, dass der Umgang mit beiden Eltern in der Regel dem Wohl des Kindes dient, sollte – entgegen einer z.T. erhobenen Forderung – nicht dahingehend erweitert werden, dass eine geteilte (Alltags-)Betreuung in der Regel dem Wohl des Kindes dient. Die Regelung in § 1626 Abs. 3 S. 1 BGB mag sprachlich angepasst werden, weil bei gemeinsamer Sorge generell nicht mehr von „Umgang" gesprochen werden sollte, aber damit sollte keine Vermutung für einen bestimmten Umfang der beiderseitigen Betreuung verbunden sein, erst recht nicht für eine hälftige Betreuung, denn für eine solche Vermutungsregelung gibt es bisher keine hinreichende Befundlage.[22] Vielmehr würde eine solche Vermutung die erforderliche Herstellung der Passung im Einzelfall eher konterkarieren. Nachdem früher zunächst die Alleinsorge und später das Residenzmodell als die „richtige" Sorgeregelung getrenntlebender Eltern im Gesetz vorgegeben oder zumindest klar präferiert wurde, sollte man an deren

[21] Soweit argumentiert wird, der Staat greife dadurch unzulässig in die Ausübung der Verantwortung ein, weil er den Aufenthalt konkret festlege, liegt dem m.E. ein unzutreffendes Verständnis vom Gegenstand einer Betreuungsregelung zugrunde: Indem die Betreuungszuständigkeiten gerichtlich festgelegt werden, wird den Eltern nicht vorgeschrieben, dass sie das Kind in diesen Zeiten zwingend selbst betreuen müssen. Die gerichtliche Zuweisung der Betreuung gibt ihnen vielmehr die Befugnis, das Kind vom anderen Elternteil herauszuverlangen und in diesem Zeitraum die Alltagsentscheidungen zu treffen, schließt aber nicht aus, dass der jeweils betreuende Elternteil entscheidet, dass das Kind in dieser Zeit auch von den Großeltern oder im Einvernehmen mit dem anderen Elternteil abweichend von der gerichtlichen Regelung von diesem betreut wird.

[22] *Sabine Walper*, Arrangements elterlicher Fürsorge nach Trennung und Scheidung (Fn. 9), 99, 123 ff.; *Joseph Salzgeber*, Die Diskussion um die Einführung des Wechselmodells als Regelfall der Kindesbetreuung getrenntlebender Eltern aus Sicht der Psychologie, FamRZ 2015, 2018.

Stelle nicht eine neue Ideologie stellen, sondern gerade die Vielfalt möglicher Betreuungsarrangements anerkennen.

Seitens des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz wurde in der Diskussion die Frage aufgeworfen, ob es die Beschränkung der Alleinsorge auf Fälle der Kindeswohlgefährdung nicht notwendig machen würde, auch bei nicht miteinander verheirateten Eltern eine gemeinsame elterliche Sorge ex lege einzuführen, die von den im Bundestag vertretenen Parteien zur Zeit der Einführung des § 1626a Abs. 2 BGB im Jahr 2013 fast übereinstimmend zugunsten des in § 1626a Abs. 2 BGB, § 155a FamFG Gesetz gewordenen Antragsmodells abgelehnt worden sei.[23] Eine Abkehr vom Antragsmodell wäre nicht zwingend, vielmehr müsste – wie der BGH in seiner Grundsatzentscheidung zu § 1626a BGB deutlich gemacht hat[24] – nur sichergestellt werden, dass die Voraussetzungen der Einrichtung der gemeinsamen Sorge und ihrer Aufhebung die gleichen sind. Man müsste daher lediglich vorsehen, dass die gemeinsame elterliche Sorge – im vielfach gescholtenen, aber in der Praxis weitgehend unproblematischen beschleunigten Verfahren nach § 155a FamFG – nur dann vom Familiengericht nicht beiden Elternteilen gemeinsam zu übertragen ist, wenn dies das Kindeswohl gefährdet; die Fälle völlig desinteressierter Väter würden damit entsprechend des bisherigen Regelungsziels auch hier herausgefiltert. Soweit Konflikte der Eltern unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung bestehen, könnte die Mutter zugleich eine gerichtliche Ausgestaltung der Alleinentscheidungsbefugnisse auf der Ebene der Ausübung beantragen, soweit dies dem Kindeswohl dient. Unabhängig davon sollte freilich gleichwohl überlegt werden, ob nicht wie in vielen anderen europäischen Staaten auch in Deutschland eine ex-lege-Regelung eingeführt werden sollte.[25]

2. Entscheidungsbefugnisse

Das KindRG versuchte, die neu eingeführte gemeinsame elterliche Sorge getrenntlebender Eltern dadurch praktikabler zu gestalten, dass den Eltern mit dem neu eingeführten § 1687 BGB trotz Sorgegemeinschaft umfangreiche Alleinentscheidungsbefugnisse gegeben wurden: Eine gemeinsame Entscheidung sollte nur in

---

[23] Hierzu ausführlich *Peter Huber/Jennifer Antomo*, Die Neuregelung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2012, 1257.

[24] BGH, FamRZ 2016, 1439, Rn. 14, 17.

[25] Dazu ausführlich etwa *Fritz Rolf Osthold*, Die rechtliche Behandlung von Elternkonflikten, Baden-Baden 2016, S. 542 ff.

Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung für das Kind erforderlich sein. Der hauptsächlich betreuende Elternteil sollte dagegen in Angelegenheiten des täglichen Lebens allein entscheiden können, der andere (Umgangs-)Elternteil nur in Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung.

Mit der Zunahme einer geteilten Betreuung im Alltag im Rahmen eines „erweiterten Umgangs" bis hin zum „Wechselmodell" wurde zunehmend kritisiert, dass die Verteilung der Alleinentscheidungsbefugnisse nach § 1687 Abs. 1 BGB unklar seien: Ist die Regelung dann nicht anwendbar, gilt nur § 1687 Abs. 1 S. 4 BGB oder wechselt die Alleinentscheidungsbefugnis in Alltagsentscheidungen mit dem Kind?[26] Seit jeher wurde außerdem kritisiert, dass nicht ganz klar ist, ob die Norm nur das Innenverhältnis der Eltern betrifft oder auch das Außenverhältnis, d.h. die Vertretung des Kindes, was im Ergebnis allerdings von der ganz herrschenden Meinung bejaht wurde.[27]

Dabei hat sich die Regelung des § 1687 BGB in der Praxis durchaus bewährt und findet sich auch in anderen europäischen Rechtsordnungen.[28] Praktische Rechtsprobleme bei der Anwendung der Norm sind kaum aufgetreten. Die Regelung folgt der zutreffenden Einsicht, dass eine Abstimmung getrenntlebender Eltern in allen Einzelfragen des Alltags nicht praktikabel ist.[29] Erforderlich war lediglich eine klarstellende Kasuistik, was zu den Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung gehört und was nicht.[30]

Aus diesen Gründen sollte die Trennung zwischen Alltagsangelegenheiten und Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung grundsätzlich beibehalten werden.[31] Allerdings sollte deutlicher zwischen der Entscheidung im Innenverhältnis der

---

[26] Dazu *Kinderrechtekommission des DFGT*, Das Wechselmodell im deutschen Familienrecht, FamRZ 2014, 1157, 1164 m. Nachw.; *Stephan Hammer*, Die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells, FamRZ 2015, 1433, 1436 m. Nachw.; BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 21.

[27] MüKoBGB/*Hennemann*, 7. Aufl. 2017, § 1687 Rn. 2, 19; Palandt/*Götz*, 76. Aufl. 2017, § 1687 Rn. 6; Staudinger/*Salgo*, BGB, 2014, § 1687 Rn. 50.

[28] Vgl. Art. 287-1 des franz. Code Civil und Art. 301 Abs. 1 schweiz. ZGB; dazu *Martin Menne*, Blick über den Zaun: Aktuelle Entwicklungen im Familienrecht der Schweiz, FamRB 2017, 472, 475.

[29] MüKoBGB/*Hennemann*, 7. Aufl. 2017, § 1687 Rn. 1.

[30] Hierzu zuletzt BGH, FamRZ 2017, 1057 (Schutzimpfung).

[31] Ebenso AK 8 des 22. DFGT 2017, These 5 (angenommen mit 31:2:7 Stimmen).

Eltern und der Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis (Vertretung des Kindes) unterschieden werden.

a) Im *Innenverhältnis* sollte zunächst klargestellt werden, dass der Appell in § 1627 S. 1 BGB, dass die Eltern die gemeinsame Sorge im gegenseitigen Einvernehmen ausüben und versuchen sollen, sich zu einigen, grundsätzlich auch bei getrenntlebenden Eltern gilt.[32] Soweit eine Einigung nicht möglich ist, entscheidet jedoch der jeweils betreuende Elternteil in Alltagsfragen allein, wobei mit Blick auf das Kindeswohl auf die Entscheidungen des anderen Elternteils Rücksicht zu nehmen ist. Das Gericht soll bei Konflikten in Alltagsfragen weiterhin nicht über einzelne Fragen entscheiden (wie etwa ärztliche Routineuntersuchungen, Teilnahme an Klassenfahrten o.ä.). Kommt es wiederholt zu Konflikten oder sich konterkarierenden Entscheidungen der Eltern, ist allerdings zu prüfen, ob die Alleinentscheidungsbefugnisse eines Elternteils für einen bestimmten Bereich (z.B. Schulangelegenheiten, medizinische Angelegenheiten) durch das Gericht eingeschränkt werden, so dass diesbezüglich nur noch ein Elternteil die Alleinentscheidungsbefugnis hat. Dies sieht bereits das geltende Recht in § 1687 Abs. 2 BGB vor, die Norm ist bisher jedoch kaum zur Anwendung gekommen.[33]

In Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung sollte es dagegen im Innenverhältnis wie bisher bei der notwendigen gemeinsamen Entscheidung bleiben. Können sich die Eltern in diesen Angelegenheiten nicht einigen, entscheidet das Familiengericht, indem es einem Elternteil entweder die Alleinentscheidungsbefugnis in dieser konkreten Frage (nach geltendem Recht gemäß § 1628 BGB) oder – soweit wiederholt Streit besteht und künftig zu entstehen droht – allgemein in einem bestimmten Bereich (z.B. medizinische Angelegenheiten, wichtige schulische Angelegenheiten wie Schulwahl) überträgt, wobei dies nur selten der Fall sein wird, da solche grundlegenden Fragen meist nur selten zu treffen sind (etwa die Wahl der Schule regelmäßig nur bei der Einschulung und der Auswahl der weiterführenden Schule ggf. auch nach einem Umzug).

b) Im *Außenverhältnis* sollte beiden Eltern in Alltagsangelegenheiten grundsätzlich parallel ein Alleinvertretungsrecht zustehen, soweit es ihnen auch im Innenverhält-

[32] AK 8 des 22. DFGT 2017, These 5 (angenommen mit 34:0:6 Stimmen).

[33] Vgl. aber jüngst OLG Brandenburg, FamRZ 2017, 217 zu § 1687 Abs. 1 S. 4 BGB (Entscheidung des Umgangselternteils, nicht die Wäsche des Kindes zu waschen).

nis zusteht.[34] Jedoch sollte für Dritte (Ärzte, Kita, Schule usw.) ein Gutglaubensschutz gelten, denn sie können regelmäßig nicht wissen, wie die Betreuung faktisch unter den Eltern aufgeteilt ist, und es ist ihnen auch nicht zumutbar, das im Einzelfall herauszufinden. Hier gibt es bisher im Alltag durchaus erhebliche Hürden für die Eltern, weil Dritte oft unsicher über die Befugnisse eines Elternteils sind, der etwa einen deutlich „erweiterten Umgang“ hat. Hat das Gericht die Alleinentscheidungsbefugnisse eines Elternteils durch Beschluss eingeschränkt, kann der andere die Dritten (Schule, Kita o.ä.) durch Vorlage des Beschlusses bösgläubig machen, so dass diese unter Verweis auf den Beschluss auch nur noch Entscheidungen dieses Elternteils akzeptieren müssen. In wichtigen Angelegenheiten sollte es dagegen beim Erfordernis der gemeinschaftlichen Vertretung bleiben, soweit einem Elternteil nicht die Alleinentscheidungsbefugnis übertragen wurde (so bereits jetzt § 1629 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB). Letztlich gilt dieses Regelungsmodell ebenso bei zusammenlebenden Eltern, hier nimmt die herrschende Meinung bei Rechtsgeschäften des täglichen Lebens eine stillschweigende Bevollmächtigung an, insbesondere bei ärztlichen Behandlungen wird bei Routinebehandlungen eine Alleinvertretungsbefugnis kraft Ermächtigung angenommen, während bei größeren Eingriffen eine Vertretung durch beide Eltern erforderlich ist und der Arzt sich der Alleinvertretungsbefugnis vergewissern muss.[35]

3. Elternvereinbarungen

Vereinbarungen der Eltern über die Ausübung der Elternverantwortung ermöglichen individuell angepasste Regelungen für die jeweilige Familie, sie sind wegen der grundrechtlich durch Art. 6 Abs. 2 GG gewährleisteten Elternautonomie bis zur Grenze der Kindeswohlgefährdung auch vorrangig vor staatlichen Regelungen. Sie sind als Rechtsinstitut bisher im Kindschaftsrecht aber nicht konsistent ausgestaltet, sondern begegnen dem Rechtsanwender in verschiedenen Einzelnormen mit z.T. unterschiedlichen Kindeswohlschwellen: als „parallele Sorgeerklärungen“ gemäß § 1626a BGB (keine Kindeswohlprüfung), als „Antrag und Zustimmung“ gemäß § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB (Prüfung auf Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung, Kindeswohlprüfung bei Widerspruch des Kindes), als gerichtlich gebilligter Vergleich über den Umgang oder die Herausgabe des Kindes gemäß § 156 Abs. 2 FamFG (Prüfung, ob die Vereinbarung dem Kindeswohl nicht widerspricht). Daneben gibt es rein private Vereinbarungen und Abre-

[34] Ebenso AK 8 des 22. DFGT 2017, These 5 (angenommen mit 34:2:4 Stimmen).

[35] Ausführlich MüKoBGB/*Huber*, 7. Aufl. 2017, § 1629 Rn. 34 ff. m. Nachw.

den, die z.B. durch Beratung des Jugendamtes oder einer Erziehungsberatungsstelle, im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung mit anwaltlicher oder notarieller Beratung, im Rahmen einer Mediation oder ganz ohne Hilfe Dritter geschlossen werden oder sich schlicht nach der Trennung „ergeben“ und gelebt werden. In der Rechtspraxis macht diese nur punktuelle Regelung mit unterschiedlichen Kindeswohlschwellen die rechtliche Umsetzung eines von den Eltern oft mühsam erzielten Einvernehmens in verbindliche Regelungen schwierig und fehleranfällig. Viele Rechtsfragen sind ungeklärt, etwa ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen private Elternvereinbarungen zumindest bis zu einer gerichtlichen Entscheidung rechtsverbindlich sind, ein verschuldeter Verstoß gegen eine Betreuungsregelung etwa schadensersatzpflichtig machen kann oder ob die Betreuungsverteilung im Rahmen der Bemessung des Kindesunterhalts maßgeblich ist.[36]

Es bietet sich an, gerade bei der hier vorgeschlagenen Lösung von Elternkonflikten auf der Ebene der Ausübung der Elternverantwortung das Rechtsinstitut des gerichtlich gebilligten Vergleichs (§ 156 Abs. 2 FamFG) in seinem Anwendungsbereich auszuweiten und fortzuentwickeln, insbesondere die zahlreichen Streitfragen zu dieser Norm zu klären und die Billigung zu vereinfachen.[37] Alternativ käme eine niedrigschwelligere Lösung in Betracht: Eine vollstreckbare Elternvereinbarung könnte auch ohne gerichtliche Beteiligung unter gewissen Formvoraussetzungen geschlossen werden, jedoch müsste dann – anders als bei der gerichtlich gebilligten Vereinbarung – im Vollstreckungsverfahren eine nachgeholte Kindeswohlprüfung erfolgen, was nicht sinnvoll ist, weil es eine effektive Vollstreckung praktisch verhindert.

Ferner sollten auch widerrufene Elternvereinbarungen bei gerichtlichen Entscheidungen stärker Berücksichtigung finden. Wenn es gilt, auch in gerichtlichen Regelungen stärker als bisher individuell angepasste Lösungen zu finden, es jedoch wie hier vorgeschlagen keine generelle Vorgabe mehr für die im Zweifel „richtige“ Betreuungsregelung (etwa „Residenzmodell“ oder „Wechselmodell“) gibt, bietet eine frühere Vereinbarung einen wichtigen Ausgangspunkt für die gerichtliche Entscheidung: Zum einen gebietet es der Grundsatz der Kontinuität, dass frühere

[36] Dazu ausführlich m. Nachw. *Stephan Hammer*, Die rechtliche Verbindlichkeit von Elternvereinbarungen, FamRZ 2005, 1209 und *ders.*, Elternvereinbarungen über den Verbleib und die Finanzierung der Kinder, in: Walter Bayer/Elisabeth Koch (Hrsg.), Scheidungsfolgenvereinbarungen, Baden-Baden 2016, 75 ff.

[37] Ebenso Empfehlungen des *Vorstands des DFGT* nach dem 22. DFGT 2017, C. III. 2. aufgrund der Ergebnisse des AK 8 des 22. DFGT 2017, Thesen 6 und 7.

Betreuungsverhältnisse möglichst nicht grundlegend geändert, sondern fortentwickelt werden, zum anderen bieten auch widerrufene Vereinbarungen einen wichtigen Ansatz für die Untersuchung, wo konkret die Konflikte in der jeweiligen Familie liegen. Der BGH hat Vorschläge für eine solche Indizwirkung widerrufener Elternvereinbarungen bereits seit längerem anerkannt,[38] bisher wird dies in der Praxis aber nur wenig umgesetzt, so dass eine gesetzliche Regelung sinnvoll wäre.

IV. Gesetzliche Umsetzung

Zum Abschluss soll kurz umrissen werden, wie die vorstehenden Überlegungen umgesetzt werden könnten.

1. Entscheidungen im Innenverhältnis

§ 1627 BGB würde als zentrale Norm für das Innenverhältnis der Eltern mit gemeinsamer Elternverantwortung fungieren. Der Grundsatz des Einvernehmens würde sowohl für zusammenlebende wie getrenntlebende Eltern betont. Für getrenntlebende Eltern würde lediglich – in Anlehnung an die bisherige Regelung in § 1687 BGB – für den Fall, dass Einvernehmen nicht oder nicht rechtzeitig hergestellt werden kann, in Alltagsentscheidungen dem jeweils betreuenden Elternteil die Befugnis zur Alleinentscheidung eingeräumt.

2. Vertretung des Kindes im Außenverhältnis

§ 1629 BGB würde wie bisher das Außenverhältnis, d.h. die Vertretung des Kindes betreffen. Im Grundsatz folgt die Vertretung dem Innenverhältnis, d.h. in wichtigen Angelegenheiten bedarf es der gemeinschaftlichen Vertretung durch beide Eltern (vgl. § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB), soweit nicht einem Elternteil gerichtlich das Alleinentscheidungsrecht übertragen wurde (vgl. § 1629 Abs. 1 S. 3 BGB), in Alltagsangelegenheiten kann jeder Elternteil das Kind allein vertreten, soweit ihm die Alleinentscheidungsbefugnis zusteht, wobei Dritte (in der Praxis insbesondere: Ärzte, Kita, Schule) hierauf vertrauen können, soweit sie gutgläubig sind, weil sie

[38] BGH, FamRZ 2011, 796 („die im elterlichen Konsens getroffene Entscheidung lässt vermuten, dass sie dem Kindeswohl entspricht, weshalb sie eine gewisse Indizwirkung entfaltet"); Staudinger/*Coester*, BGB, 2016, § 1671 Rn. 62 („gewichtiges Indiz dafür, dass der Fortbestand des gemeinsamen Sorgerechts dem Kindeswohl am besten entspricht mit entsprechender Widerlegungslast des anderen Elternteils"). Ausführlich zur Handhabung einer solchen Indizwirkung *Stephan Hammer*, Die rechtliche Verbindlichkeit von Elternvereinbarungen, FamRZ 2005, 1209, 1214. Ebenso AK 8 des 22. DFGT 2017, These 8 (angenommen mit 33:1:4 Stimmen).

regelmäßig keinen Einblick in die Betreuungsgestaltung der Eltern haben (oder ob diese überhaupt zusammen- oder getrenntleben). Sie können insbesondere durch eine gerichtliche Entscheidung bösgläubig gemacht werden, wonach die Alleinentscheidungsbefugnis eines Elternteils für bestimmte Fragen eingeschränkt ist.

3. Gerichtliche Konfliktlösung

Die gerichtliche Regelung der Ausübung der elterlichen Verantwortung könnte wie bisher in §§ 1628, 1671 BGB erfolgen, wobei unterschiedliche Ausgestaltungen in Betracht kommen.

a) „Großer“ Tatbestand

Möglich wäre zum einen eine „große“ Regelung, in der dem Gericht ähnlich wie in § 1666 Abs. 3 ein „Werkzeugkasten“ die Regelung der im konkreten Fall bestehenden elterlichen Konflikte ermöglicht,[39] d.h. insbesondere

- Betreuungs- und Umgangsregelung im gesamten Spektrum von Wochenendumgang bis hälftiger Betreuung (bisher: § 1684),
- Erweiterung oder Einschränkung von (Allein-)Entscheidungsbefugnissen in Einzelfragen (bisher: § 1628, 1687 Abs. 2 BGB) oder hinsichtlich eines bestimmten Typus von Angelegenheiten (bisher: § 1671 BGB),
- Anordnungen zur Wohlverhaltenspflicht (bisher § 1684 Abs. 2, 3 BGB).[40]

Einzelne Anordnungen dürfte das Gericht grundsätzlich nur auf Antrag treffen, es darf aber auf geeignete weitere Anträge hinwirken, z.B. auf eine Anpassung der Betreuungsregelung, wenn einem Elternteil die Befugnis zum Umzug mit dem Kind übertragen werden soll.[41] Eine Ausnahme gilt – wie bisher in § 1671 Abs. 4 und § 1684 Abs. 4 – für Fälle der Kindeswohlgefährdung. Eine solche umfassende materiell-rechtliche Norm würde auch einen einheitlichen Verfahrensgegenstand begründen, so dass bei zulässiger Beschwerde auch in der Beschwerdeinstanz noch erforderliche Anordnungen getroffen werden könnten.

---

[39] Vorbild einer solchen Regelung ist die englische Regelung in Section 8 Children Act, in der die sog. „Section 8 orders“ zusammengefasst sind: child arrangements order (früher: residence order), prohibited steps order, specific issues order.

[40] Hierzu AK 8 des 22. DFGT 2017, Thesen 2 bis 4.

[41] So AK 8 des 22. DFGT 2017, These 4 (angenommen mit 35:2:3 Stimmen).

Auf Tatbestandsseite wäre zu überlegen, ob bisher in der Rechtsprechung anerkannte und bewährte Kindeswohlkriterien beispielhaft (d.h.: nicht abschließend) in die Norm aufgenommen werden.[42] In den Diskussionen zu diesem Vorschlag wurde allerdings mehrfach die Besorgnis geäußert, dass die Aufnahme von Kindeswohlkriterien den Anschein erwecken könnte, dass es sich dabei um eine abschließende Regelung handelt. Diese Gefahr ist sicher nicht ganz von der Hand zu weisen, allerdings könnte man hier auch ausdrückliche gesetzliche Klarstellungen vornehmen. In jedem Fall sollte aber aufgenommen werden, dass die bisher praktizierte Betreuungsregelung und Elternvereinbarungen bei der Kindeswohlprüfung als individueller Ausgangspunkt für die gerichtliche Konfliktregelung zu berücksichtigen sind.[43]

b) Regelung der Betreuung und Zuweisung von Alleinentscheidungsbefugnissen

Alternativ zu einem umfassenden materiell-rechtlichen Tatbestand wäre es auch möglich, zwei Tatbestände vorzusehen: Die gerichtliche Änderung der Alleinentscheidungsbefugnisse könnte in § 1628 BGB geregelt werden, wobei dieser um die bisher in §§ 1687 Abs. 2 und § 1671 BGB geregelten Aspekte erweitert werde würde: Das Familiengericht könnte danach soweit erforderlich die Alleinentscheidungsbefugnisse eines Elternteils auf Ausübungsebene punktuell oder allgemein, in Einzelfragen oder für bestimmte Angelegenheiten erweitern. Auf der anderen Seite könnten die Alleinentscheidungsbefugnisse eines Elternteils in Alltagsangelegenheiten eingeschränkt werden, etwa wenn er das Kind nur in geringem Umfang betreut, es aber über Alltagsfragen (wie z.B. Arztbesuche) häufiger zu Streitigkeiten kommt oder dieser Elternteil von seiner relativ weitreichenden Befugnis im Außenverhältnis nicht entsprechend seines Betreuungsanteils Gebrauch macht. § 1628 BGB würde dann – wie von *Schwab* schon 1998 anlässlich des Inkrafttretens des KindRG prognostiziert[44] – zentrale Bedeutung für die elterlichen Entscheidungsbefugnisse zukommen, aber klar die möglichen Stellschrauben für eine gerichtliche Regelung benennen. Dagegen

[42] Durch AK 8 des 22. DFGT 2017, These 4 a) nur mit knapper relativer Mehrheit angenommen (19:7:14 Stimmen).

[43] Als Vorbild könnte etwa Art. 290 des französischen Code Civil dienen (sinngemäße Übersetzung): „Der Richter berücksichtigt: 1. von den Ehegatten getroffene Vereinbarungen 2. den Sozialbericht 3. die von den Kindern während der Anhörung geäußerten Gefühle" (bei DFGT: 22:10:6).

[44] *Dieter Schwab*, Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern, FamRZ 1998, 457, 467, insbesondere 468.

könnte § 1671 BGB, in dem es schon bisher in erster Linie um den Aufenthalt des Kindes ging, künftig die gerichtliche Betreuungsregelung zum Gegenstand haben. Es könnte dann immer noch überlegt werden, ob trotz der materiell-rechtlichen Trennung zumindest eine verfahrensrechtliche Verbindung möglich ist.

Zu einer Übertragung der Alleinsorge als Status käme es dann nur noch aufgrund der Regelung in § 1666 BGB, die insoweit keiner Änderung bedürfte. Nur bei nicht sorgeberechtigten Eltern würde man dann noch von einem Umgang sprechen, wobei die Regelung des § 1684 BGB insoweit nicht gravierend verändert werden müsste. Einzelne Regelungen des § 1684 BGB könnten für die Betreuungsregelung für entsprechend anwendbar erklärt werden, etwa die Regelung zum begleiteten Umgang.

In der Diskussion ist die Frage aufgeworfen worden, ob nicht bei einer vollständigen Einräumung von (Allein-)Entscheidungsbefugnissen im Rahmen eines wie vorstehend erweiterten § 1628 BGB für einen Elternteil im Ergebnis die gemeinsame Elternverantwortung eine „leere Hülle" wäre, da man faktisch das gleiche Ergebnis wie bei einer Übertragung der Alleinsorge nach § 1671 BGB hätte. Ich meine, dass dies die gesetzliche Regelung nicht unzulässig machen würde. So ist etwa auch bisher beim Umgang anerkannt, dass das „Stammrecht" auf Umgang unverzichtbar ist und nicht entzogen werden kann,[45] gleichwohl ist nach § 1684 Abs. 4 BGB – wenn auch unter engen Voraussetzungen – ein Ausschluss des Umgangs möglich. Ohnehin sind Fälle der vollständigen Übertragung der Alleinsorge heute verhältnismäßig selten geworden, in der Regel werden lediglich Teilbereiche der elterlichen Sorge übertragen. Ist ein Elternteil trotz gemeinsamer Sorge faktisch nicht anwesend und hat er gar keinen Kontakt zum Kind, kann dem damit alleinerziehenden Elternteil über § 1674 BGB relativ einfach die Alleinentscheidungsbefugnis übertragen werden, den man evtl. für diese Fälle noch modifizieren könnte.

4. Elternvereinbarungen

Was Elternvereinbarungen betrifft, sollte die gerichtliche Billigung von Elternvereinbarungen wie vorstehend erweitert und fortentwickelt werden. Man sollte dabei zu der von der gerichtlichen Praxis vor Inkrafttreten des FamFG entwickelten Rechtsfigur der „gerichtlich genehmigten Umgangsvereinbarung" zurückkehren, wonach auch bei elterlichem Einvernehmen ein gerichtlicher

[45] BGH, FamRZ 1984, 778; BGH, FamRZ 2005, 1471.

Beschluss erging, ohne dass zusätzlich eine Protokollierung als Vergleich nach den Vorschriften der ZPO erforderlich war. Vorzugswürdig wäre es aus systematischen Gründen, nicht im Verfahrensrecht (d.h. im FamFG, wie § 156 Abs. 2 FamFG), sondern im materiellen Recht (d.h. im BGB, wie in § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB) zu regeln, dass die gerichtliche Kindeswohlprüfung aufgrund des elterlichen Einvernehmens eingeschränkt ist, wobei das Einvernehmen nicht in Form eines Vergleichs erfolgen müsste.[46] Damit wäre gleichzeitig auch klargestellt, dass die gerichtlich gebilligte Vereinbarung ein vollstreckbarer gerichtlicher Beschluss ist, wenn sie einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat.

Zudem sollte die Indizwirkung widerrufener Elternvereinbarungen für die Kindeswohlprüfung kodifiziert werden. Als Regelungsort kommt zum einen die unter 3.a) angeregte Aufzählung zentraler Kindeswohlkriterien im Rahmen eines „großen Tatbestandes“ in Betracht; zum anderen wäre auch eine Ergänzung der hervorragenden Beschreibung des Kindeswohlmaßstabs in § 1697a BGB möglich, bei dem ohnehin überlegt werden kann, ob man nicht seine systematische Stellung aufwerten sollte.

V. Fazit

Die hier vorgeschlagenen Neuregelungen können elterliche Konflikte um die elterliche Verantwortung im Falle des Getrenntlebens nicht verhindern, sie können aber helfen, diese Konflikte im Einzelfall angemessener zu lösen. Die vorstehenden Überlegungen sollen eine weitergehende Diskussion zu diesem Thema anstoßen.

[46] Prütting/Helms/*Hammer* (Fn. 17), § 156 Rn. 49a.

Kindesunterhalt beim Wechselmodell

Volker Lipp

I. Einführung

Rollenverständnis und Rollenverteilung in Ehe und Familie unterliegen einem dynamischen Wandel. Zur traditionellen Rollenverteilung in einer Alleinverdiener- bzw. Hausfrauenehe sind heute weitere Formen der Arbeits- und Aufgabenteilung zwischen den Partnern einer Ehe oder nichtehelichen Lebensgemeinschaft hinzugetreten. Mütter und Väter sind vielfach beide erwerbstätig und tragen damit zum Unterhalt der Familie bei. Auch teilen sie sich Kindesbetreuung und Hausarbeit. Trennen sich die Eltern, können sie die bisher praktizierte Aufgabenverteilung bei

der Betreuung des Kindes und der Sicherung seines Unterhalts weiterführen oder aber eine neue, geänderte Aufgabenverteilung praktizieren. Diese verschiedenen Formen der Aufgabenverteilung zwischen den getrenntlebenden Eltern bei der Wahrnehmung ihrer Elternverantwortung muss das Unterhaltsrecht bewältigen.

Vielfach wird indes bezweifelt, dass das geltende Unterhaltsrecht dieser Aufgabe gewachsen ist. So heißt es etwa, es beruhe auf nicht mehr zeitgemäßen und den Lebensverhältnissen moderner Familien nicht entsprechenden Vorstellungen von Nachtrennungsfamilien. Das zeige sich etwa daran, dass das Gesetz beim Kindesunterhalt in § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB das sog. „Residenzmodell" als Regelfall vorsehe und damit das Leitbild des „einer zahlt und eine betreut" verfolge.[1] Das widerspreche nicht nur der Lebenswirklichkeit heutiger Familien, in der beide Eltern das Kind wechselnd betreuen („Wechselmodell"), sondern auch der modernen Vorstellung, dass die Eltern beide erwerbstätig sein und dementsprechend auch beide Eltern für ihren Lebensunterhalt und den der Kinder aufkommen sollen.[2] Gefordert wird deshalb, dass auch das Unterhaltsrecht das „Wechselmodell" anerkennen und ihm beim Kindesunterhalt Rechnung tragen solle.[3]

Diese Forderungen beruhen auf der Vorstellung, dass das Gesetz oder jedenfalls die Anwendungspraxis für das „Wechselmodell" keine angemessenen Regelungen bereithielte.[4] Es soll daher im Folgenden untersucht werden, welche Regelungen das geltende Recht des Kindesunterhalts für die verschiedenen Konstellationen der Kindesbetreuung nach Trennung der Eltern bereithält und wie sie in der Praxis angewendet werden. Erst dies ermöglicht es zu klären, ob und wenn ja, wo genau und auf welcher Ebene Reformbedarf im Unterhaltsrecht besteht.

---

[1] Vgl. etwa *Hildegund Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Wiesbaden 2013, S. 500 f.; *dies.*, Rolle rückwärts im Kindesunterhalt, Besprechung von BGH, Beschluss vom 12.3.2014, NZFam 2014, 585; *Heinrich Schürmann*, FamRZ 2014, 921, 922 (Anm. zu BGH, FamRZ 2014, 917); Palandt/*Brudermüller*, 77. Aufl. 2018, § 1606 BGB Rn. 10; differenzierend *Kirsten Scheiwe*, Kindesunterhalt und Wechselmodell, FF 2013, 280, 281 ff.

[2] *Hildegund Sünderhauf*, Rolle rückwärts im Kindesunterhalt, Besprechung von BGH, Beschluss vom 12.3.2014, NZFam 2014, 585.

[3] Aus jüngster Zeit etwa *Nina Dethloff*/*Katharina Kaesling*, Kindesunterhalt und Wechselmodell – Eine vergleichende Perspektive, FamRZ 2018, 73, 77 f.; vgl. auch die Empfehlungen des Vorstands des DFGT beim 22. DFGT (unter C.I.1.-3.), FamRZ 2018, 86, 88 und beim 21. DFGT (unter C.I.1.), FamRZ 2016, 105, 107.

[4] Vgl. die Nachweise oben Fn. 1 sowie Elisabeth Koch/*Marina Wellenhofer*, Handbuch Unterhaltsrecht, 13. Aufl. München 2017, § 6 Rn. 9.

II. Die sogenannten „Modelle"

Die verschiedenen Formen der Aufgabenverteilung zwischen getrenntlebenden Eltern bei der Kindesbetreuung werden häufig als „Residenzmodell", „Wechselmodell" und „erweiterter Umgang" bezeichnet. Allerdings werden diese Modelle durchaus unterschiedlich bestimmt, zum Teil auch weiter ausdifferenziert.[5] „Residenzmodell", „erweiterter Umgang" und „Wechselmodell" sind indes weder Rechtsbegriffe noch Rechtsinstitute. Sie beschreiben vielmehr in typisierender Weise bestimmte, in der Rechtswirklichkeit anzutreffende Formen der Arbeitsteilung der Eltern bei der Ausübung der tatsächlichen Sorge für ihr minderjähriges Kind, wenn sie nicht beide mit dem Kind zusammenleben, z.B. nach der Trennung der Eltern.[6] Selbstverständlich können die Eltern im Rahmen ihrer Elternautonomie (Art. 6 Abs. 2 GG) auch andere Formen der Arbeitsteilung wählen.

Die drei genannten Modelle stehen jedoch im Mittelpunkt der unterhaltsrechtlichen Diskussion. Für sie lege ich im Folgenden die in der Rechtspraxis überwiegend verwendeten Definitionen zugrunde.[7] Als „Residenzmodell" wird die Konstellation bezeichnet, bei der das Kind bei einem Elternteil lebt und mit dem anderen Elternteil regelmäßig (typischerweise jedes zweite Wochenende und die Hälfte der Ferien) Umgang hat. Nimmt der Umgang größeren Umfang an, spricht man von einem „erweiterten Umgang". „Wechselmodell" wird schließlich die Konstellation genannt, bei der das Kind bei beiden Eltern „im Wechsel" lebt, die Eltern also die tatsächliche Sorge für ihr Kind ungefähr je zur Hälfte ausüben. Dabei stellt man nicht allein auf die Zeitanteile bei der Betreuung des Kindes ab, sondern fragt nach Verteilung der Verantwortung für die Betreuung und Versorgung des Kindes.[8]

III. Akzessorietät des Unterhaltsrechts zum Kindschaftsrecht

Das BGB regelt die Unterhaltspflichten der Eltern gegenüber ihrem Kind rechtstechnisch im Rahmen des Verwandtenunterhalts (§§ 1601 ff. BGB), sieht jedoch zahlreiche Sonderregeln vor, die die Vorschriften des allgemeinen Verwandtenun-

---

[5] Vgl. etwa *Hildegund Sünderhauf*, Wechselmodell (Fn. 1), S. 55 ff.

[6] Ebenso Elisabeth Koch/*Heinrich Schürmann*, Handbuch Unterhaltsrecht (Fn. 4), § 4 Rn. 155.

[7] Vgl. nur *Christian Seiler*, Wechselmodell – unterhaltsrechtliche Fragen, FamRZ 2015, 1845.

[8] BGH, FamRZ 2015, 236, Rn. 21 f.; *Christian Seiler*, Wechselmodell – unterhaltsrechtliche Fragen, FamRZ 2015, 1845; Staudinger/*Klinkhammer*, 2018, § 1606 BGB Rn. 50.

terhalts ergänzen oder modifizieren.[9] Darin kommt zum Ausdruck, dass die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihrem minderjährigen oder noch in der Ausbildung befindlichen Kind in der Sache nicht auf ihrer Verwandtschaft, sondern auf ihrer – im Vergleich dazu viel stärkeren – Elternverantwortung (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) beruht.[10]

Das ist für die hier zu untersuchende Problematik wegen des Zusammenspiels von Kindesbetreuung und Kindesunterhalt von besonderer Bedeutung. Wie die Eltern ihre Verantwortung für das Kind im Einzelnen wahrnehmen und wie sie sich insbesondere diese Aufgaben teilen, steht ihnen im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich geschützten Elternverantwortung grundsätzlich frei (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). Soweit es um die Pflege und Erziehung des Kindes und damit um Ausübung der tatsächlichen Sorge geht, sind die familienrechtliche Grundlage und die nähere Regelung dieser elterlichen Arbeitsteilung Aufgabe des Kindschaftsrechts. Das Unterhaltsrecht muss dann an die – von den Eltern praktizierte, vereinbarte oder gerichtlich angeordnete – Aufgabenverteilung der Eltern bei der Ausübung der tatsächlichen Sorge anknüpfen. Wenn diese Aufgabenverteilung vom Kindschaftsrecht akzeptiert wird, muss sie das Unterhaltsrecht anerkennen und darf sie nicht unterlaufen. Das Unterhaltsrecht verhält sich daher insofern akzessorisch zum Kindschaftsrecht.[11]

Im Kindschaftsrecht ist deshalb auch die Diskussion zu führen, ob die Eltern die konkrete Verteilung der Aufgaben bei der Betreuung des Kindes nicht nur im Konsens praktizieren, sondern auch in Form eines gerichtlichen Umgangsvergleiches (§ 156 Abs. 2 FamFG) vereinbaren können,[12] und ob das Familiengericht eine bestimmte Aufgabenverteilung der Kindesbetreuung auch gegen den Widerspruch eines Elternteils anordnen kann.[13] Das Unterhaltsrecht hat demgegenüber (nur) die Aufgabe, ausgehend von der im konkreten Fall praktizierten, vereinbarten oder gerichtlich angeordneten Aufgabenverteilung der Eltern, den Unterhalt des Kindes sicherzustellen.

---

[9] *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. München 2010, § 46 Rn. 1.

[10] *Volker Lipp*, Solidarität und Status im Unterhaltsrecht, in: Volker Lipp/Anne Röthel/Peter Windel, Familienrechtlicher Status und Solidarität, Tübingen 2008, 52, 64 ff.; *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht (Fn. 9), § 46 Rn. 1.

[11] Ebenso *Christian Seiler*, Wechselmodell – unterhaltsrechtliche Fragen, FamRZ 2015, 1845.

[12] BGH, FamRZ 2017, 532, Rn. 23; BGH, FamRZ 2014, 732, Rn. 10.

[13] BGH, FamRZ 2017, 532; vgl. dazu *Simon M. Marchlewski* (in diesem Band).

IV. Gesetzliche Grundstrukturen des Kindesunterhalts

1. Grundlagen

Der Kindesunterhalt dient dazu, den gesamten Lebensbedarf des Kindes zu decken (vgl. § 1610 Abs. 2 BGB). Dazu gehören Nahrung, Wohnung und Kleidung, die Befriedigung kultureller und geistiger Bedürfnisse, aber auch Betreuung, Erziehung und Bildung. Der Lebensbedarf des Kindes kann entweder unmittelbar gedeckt werden, indem das Kind die zum Leben erforderlichen Sachen (Naturalunterhalt) und Leistungen (Betreuungs-, Erziehungs-, Ausbildungsunterhalt) erhält, oder dadurch, dass die für ihre Beschaffung notwendigen Geldbeträge (Barunterhalt) zur Verfügung gestellt werden.[14]

Der Lebensbedarf des Kindes bemisst sich nach seiner Lebensstellung (§ 1610 Abs. 1 BGB). Solange das Kind noch nicht persönlich und wirtschaftlich selbständig ist, wird seine Lebensstellung durch sein Kindsein bestimmt und ist deshalb von der Lebensstellung der Eltern abgeleitet.[15] Das Maß des Kindesunterhalts hängt daher wesentlich von den wirtschaftlichen Verhältnissen der Eltern ab und wird grundsätzlich nach dem verfügbaren Einkommen beider Elternteile bemessen.[16] Diese Abhängigkeit endet nicht bereits mit der Volljährigkeit, sondern erst mit der Möglichkeit, wirtschaftlich selbständig zu sein, d.h. mit Abschluss der Ausbildung.[17] Bis dahin besteht auch die – im Vergleich zum Verwandtenunterhalt – gesteigerte Unterhaltspflicht der Eltern.[18]

Verpflichtet zur Leistung des Kindesunterhalts sind in erster Linie die Eltern des Kindes (§§ 1601 i.V.m. §§ 1591, 1592 BGB). Dabei haften Eltern ihrem Kind nicht als Gesamtschuldner, sondern als gleichrangig Verpflichtete proportional nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen (§ 1606 Abs. 3 S. 1 BGB).[19] Die Höhe der Anteile bestimmt sich nach der Leistungsfähigkeit der Unterhaltsschuldner. Diese ist für jeden Elternteil nach § 1603 BGB zu bestimmen. Nach dem Verhält-

[14] Staudinger/*Klinkhammer*, 2018, Vor § 1601 BGB Rn. 2.

[15] MüKoBGB/*Born*, 7. Aufl. 2017, § 1610 BGB Rn. 10.

[16] Staudinger/*Klinkhammer,* 2018, § 1610 BGB Rn. 259 f.

[17] Zum Ausbildungsunterhalt *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht (Fn. 9), § 46 Rn. 14 ff.

[18] *Dieter Schwab*, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, 521, 526 f.; *Volker Lipp,* Familienrechtlicher Status (Fn. 10), 52, 65.

[19] Zum Hintergrund *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht (Fn. 9), § 46 Rn. 39.

nis der danach jeweils für den Kindesunterhalt verfügbaren Mittel sind dann die Haftungsanteile für beide Elternteile zu berechnen.[20] Ob und wem die elterliche Sorge zusteht, spielt für die anteilige Unterhaltspflicht der Eltern ebenso wenig eine Rolle wie die Art und Weise, in der Unterhalt gewährt wird, ob als Bar-, Natural- oder Betreuungsunterhalt.[21]

2. Bestehende Familiengemeinschaft

Lebt ein Kind mit seinen Eltern zusammen, wird der Lebensbedarf des Kindes aus dem Familienunterhalt befriedigt. Verheiratete Eltern sind verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen zum Familienunterhalt beizutragen (§§ 1360 S. 1, 1360a Abs. 1 und 2 BGB). Auch hier gilt der Grundsatz der anteiligen Haftung proportional nach den Verhältnissen der Ehepartner.[22] Mit ihren Beiträgen zum Familienunterhalt erfüllen sie zugleich ihre Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Kind.[23]

Hat ein Elternteil die Führung des Haushalts und die Betreuung des Kindes übernommen, sieht das Gesetz eine Ausnahme von dem Grundsatz der Proportionalhaftung vor: Mit seiner Familienarbeit erfüllt dieser Elternteil in der Regel seine Unterhaltspflicht sowohl im Verhältnis zum Kind, d.h. beim Kindesunterhalt (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB), als auch im Verhältnis zu seinem Ehegatten, d.h. im Rahmen des Familienunterhalts (§ 1360 S. 2 BGB). Dementsprechend hat der andere Elternteil vor allem die finanziellen Mittel zum Unterhalt der Familie einschließlich des Kindesunterhalts beizusteuern („Alleinverdienerehe“ bzw. „Haushaltsführungsehe“).[24]

Für nicht verheiratete Eltern gilt im Grundsatz dasselbe. Allerdings gibt es im Verhältnis der Eltern außerhalb der Ehe keine Ansprüche auf Familienunterhalt. Bei

---

[20] BGH, FamRZ 2017, 437, Rn. 41 ff.; BGH, FamRZ 2011, 454, Rn. 34 f.; Staudinger/*Klinkhammer*, 2018, § 1606 BGB Rn. 17.

[21] Staudinger/*Klinkhammer,* 2018, § 1606 BGB Rn. 13 f.

[22] MüKoBGB/*Weber-Monecke*, 7. Aufl. 2017, § 1360 BGB Rn. 5.

[23] *Christian Seiler*, Wechselmodell – unterhaltsrechtliche Fragen, FamRZ 2015, 1845; MüKoBGB/*Weber-Monecke*, 7. Aufl. 2017, § 1360 BGB Rn. 8; Staudinger/*Klinkhammer,* 2018, § 1610 BGB Rn. 275; *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht (Fn. 9), § 21 Rn. 2 f. m.w.N. zur Gegenauffassung, nach der ein Anspruch des Kindes auf Unterhalt mangels Bedarfs entfällt, da dieser bereits im Rahmen des Familienunterhalts gedeckt sei.

[24] MüKoBGB/*Weber-Monecke*, 7. Aufl. 2017, § 1360 BGB Rn. 9; *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht (Fn. 9), § 46 Rn. 39.

nicht verheirateten Eltern gibt es daher nur den Anspruch des Kindes auf Unterhalt, den die Eltern im Grundsatz anteilig erfüllen müssen (§ 1606 Abs. 3 S. 1 BGB), sofern nicht ein Partner das Kind betreut und die Ausnahme des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB eingreift.[25]

3. Getrenntlebende Eltern

Leben die Eltern eines Kindes getrennt, gibt es auch zwischen verheirateten Eltern keine gegenseitigen Ansprüche auf einen Beitrag zum Familienunterhalt. Das Gesetz kennt bei getrenntlebenden Eltern nur Ansprüche auf Individualunterhalt nach § 1361 BGB (getrenntlebende Ehegatten), §§ 1569 ff. BGB (nachehelicher Unterhalt) oder § 1615l BGB (nicht verheiratete bzw. nicht verheiratet gewesene Eltern).

Unabhängig davon, ob die Eltern eines Kindes verheiratet, geschieden oder nie verheiratet gewesen sind und wem die elterliche Sorge zusteht, sind sie als Eltern für ihr Kind verantwortlich (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) und ihm u.a. zu Unterhalt nach §§ 1601 ff. BGB verpflichtet. Für den Kindesunterhalt gelten daher auch bei getrenntlebenden Eltern die eben dargelegten[26] gesetzlichen Regelungen.

Dementsprechend leitet sich die für den Bedarf des Kindes maßgebliche Lebensstellung (§ 1610 Abs. 1 BGB) auch nach der Trennung von beiden Elternteilen und ihren wirtschaftlichen Verhältnissen ab. Diesen Bedarf des Kindes haben seine Eltern nach der gesetzlichen Grundregel des § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit (§ 1603 BGB) anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen zu decken.

Auch im Falle getrenntlebender Eltern gilt jedoch die Ausnahmevorschrift des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB: Falls ein Elternteil ein minderjähriges Kind betreut, erfüllt er seine Unterhaltspflicht in der Regel durch die Pflege und Erziehung des Kindes. Dann hat der andere Elternteil den übrigen Bedarf des Kindes zu decken und vor

[25] Anders, jedoch ohne Begründung und im Ergebnis nicht überzeugend, Staudinger/*Klinkhammer,* 2018, § 1606 BGB Rn. 48, der auch § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB für unanwendbar hält.

[26] Oben IV.1.

allem die dafür nötigen finanziellen Mittel zu leisten, d.h. er haftet im Ergebnis für den Barunterhalt allein.[27]

4. Kindergeld

Das Kindergeld ist gemäß § 1612b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 2 BGB zur Hälfte auf den Barbedarf des Kindes anzurechnen, da das Kindergeld die Eltern zur Hälfte von ihrer Barunterhaltspflicht entlasten und zur Hälfte dem oder den betreuenden Elternteil(en) zur Verfügung stehen soll.[28]

V. Kindesbetreuung bei getrenntlebenden Eltern und Kindesunterhalt

In diese gesetzliche Regelungsstruktur für den Kindesunterhalt sind nun die verschiedenen Formen bzw. „Modelle" der Kindesbetreuung getrenntlebender Eltern einzuordnen. Dabei geht es vor allem um zwei Problemkreise: Erstens um die Bestimmung des Bedarfs des Kindes und zweitens um die Haftungsverteilung zwischen den Eltern und dort insbesondere um die Haftung für den Barunterhalt.

1. Bedarf des Kindes

a) Ausgangspunkt: Verfügbares Einkommen der Eltern

Für den Bedarf des Kindes ist dessen Lebensstellung maßgeblich (§ 1610 Abs. 1 BGB). Sie leitet sich auch dann von beiden Elternteilen und ihren wirtschaftlichen Verhältnissen ab, wenn die Eltern nicht mit dem Kind in einem gemeinsamen Haushalt zusammenleben, sondern getrennt leben. Der Lebensbedarf des Kindes richtet sich daher auch bei getrenntlebenden Eltern grundsätzlich nach dem verfügbaren Einkommen beider Elternteile.[29]

---

[27] *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht (Fn. 9), § 46 Rn. 39; MüKoBGB/*Born*, 7. Aufl. 2017, § 1606 BGB Rn. 6; Elisabeth Koch/*Marina Wellenhofer*, Handbuch Unterhaltsrecht (Fn. 4), § 6 Rn. 9.

[28] BGH, FamRZ 2017, 437, Rn. 47 ff.; BGH, FamRZ 2016, 1053, Rn. 23 ff.; MüKoBGB/*Born*, 7. Aufl. 2017, § 1612b BGB Rn. 33, 36.

[29] *Kirsten Scheiwe*, Kindesunterhalt und Wechselmodell, FF 2013, 280, 284; Staudinger /*Klinkhammer,* 2018, § 1610 BGB Rn. 259 f.

Das gilt unabhängig davon, wie die Eltern die Aufgabe der Kindesbetreuung untereinander aufgeteilt haben, also nicht nur beim „Wechselmodell", sondern entgegen der bisher herrschenden Meinung[30] auch beim „Residenzmodell", wie der BGH vor kurzem ausdrücklich festgestellt hat.[31] Das in der Praxis beim „Residenzmodell" übliche Vorgehen, den Unterhalt des minderjährigen Kindes allein nach dem Einkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils zu bestimmen, stellt deshalb der Sache nach eine abgekürzte Unterhaltsermittlung dar, bei der der Bedarf des Kindes nicht gesondert ausgewiesen, sondern der geschuldete Unterhalt sogleich nach der individuellen Leistungsfähigkeit des Barunterhaltspflichtigen bemessen wird.[32]

Konsequenterweise kann auch beim „erweiterten Umgang" nichts anderes gelten. Entgegen der bisher vorherrschenden Auffassung, die wie beim „Residenzmodell" allein auf den barunterhaltspflichtigen Elternteil abstellen will,[33] bestimmt sich der Lebensbedarf des Kindes auch beim „erweiterten Umgang" grundsätzlich nach dem verfügbaren Einkommen beider Elternteile.

b) Betreuungsbedingter Bedarf

Der Lebensbedarf des Kindes wird neben dem verfügbaren Einkommen seiner beiden Eltern darüber hinaus durch sein Alter, den Ort, an dem es lebt, und viele weitere Umstände bestimmt.[34] Dazu gehören auch trennungsbedingte zusätzliche Kosten, soweit sie als Bedarf des Kindes zu qualifizieren sind („trennungsbedingter Mehrbedarf") und nicht als Aufwand, den ein Elternteil als Teil seiner Lebensführung selbst zu tragen hat.[35]

Zum trennungsbedingten Mehrbedarf des Kindes können auch Kosten infolge der von den Eltern praktizierten Form der Kindesbetreuung gehören („betreuungsbe-

---

[30] Vgl. etwa MüKoBGB/*Born*, 7. Aufl. 2017, § 1606 BGB Rn. 36; Palandt/*Brudermüller*, 77. Aufl. 2018, § 1606 BGB Rn. 10.

[31] BGH, FamRZ 2017, 437, Rn. 24 f.; bestätigend BGH, FamRZ 2017, 711, Rn. 11.

[32] BGH, FamRZ 2017, 437, Rn. 25.

[33] Vgl. *Christian Seiler*, Wechselmodell – unterhaltsrechtliche Fragen, FamRZ 2015, 1845, 1852; Palandt/*Brudermüller*, 77. Aufl. 2018, § 1606 BGB Rn. 10; MüKoBGB/*Born*, 7. Aufl. 2017, § 1606 BGB Rn. 36.

[34] Überblick bei *Christian Seiler*, Wechselmodell – unterhaltsrechtliche Fragen, FamRZ 2015, 1845, 1846.

[35] MüKoBGB/*Born*, 7. Aufl. 2017, § 1610 BGB Rn. 74 f.; *Gisela Wohlgemuth*, Barunterhalt eines Kindes und Haftungsquoten der Eltern bei Betreuungsaufteilung, FuR 2012, 218, 220.

dingter Bedarf").[36] So ist für das „Wechselmodell" anerkannt, dass sich der Bedarf des Kindes etwa hinsichtlich der Wohnkosten und der diesbezüglichen Reisekosten erhöhen kann, weil das Kind nicht nur in einem Haushalt lebt, sondern in zwei getrennten Haushalten versorgt wird und zwischen ihnen wechselt.[37]

Ob das auch beim „Residenzmodell" und beim „erweiterten Umgang" gilt, ist umstritten. Auch hier kann es höhere Wohnkosten geben, um das Kind während des Umgangs angemessen unterzubringen, und die Reisekosten fallen ebenfalls an. Die herrschende Meinung lehnt es bisher ab, diese Kosten als Bedarf des Kindes anzuerkennen; sie seien vielmehr vom umgangsberechtigten Elternteil zu tragen.[38] Beim „erweiterten Umgang" wächst jedoch die Kritik daran.[39] Ihr trägt die Praxis dadurch Rechnung, dass sie beim „erweiterten Umgang" zwar weiterhin nur auf das Einkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils abstellt, dessen besonderen Aufwand für den Umgang aber auf verschiedene Weise zu berücksichtigen sucht, etwa indem sie diesen Aufwand als teilweise (Natural-)Erfüllung der Unterhaltspflicht begreift oder durch einen pauschalen Abzug bei seinem verfügbaren Einkommen berücksichtigt und ihn in eine niedrigere Einkommensstufe der Düsseldorfer Tabelle herabstuft.[40]

Allerdings differenziert dieser Lösungsversuch nicht ausreichend zwischen dem Bedarf und der Bedürftigkeit des unterhaltsberechtigten Kindes, der Leistungsfähigkeit der unterhaltspflichtigen Eltern und der Haftungsverteilung zwischen ihnen, wie sie das Gesetz in §§ 1602, 1610 BGB, § 1603 BGB und § 1606 BGB

---

[36] *Gisela Wohlgemuth*, Barunterhalt eines Kindes und Haftungsquoten der Eltern bei Betreuungsaufteilung, FuR 2012, 218, 220 ff.

[37] BGH, FamRZ 2006, 1015, 1017, Rn. 17; *Christian Seiler*, Wechselmodell – unterhaltsrechtliche Fragen, FamRZ 2015, 1845, 1848; Elisabeth Koch/*Heinrich Schürmann*, Handbuch Unterhaltsrecht (Fn. 4), § 4 Rn. 156; Palandt/*Brudermüller*, 77. Aufl. 2018, § 1606 BGB Rn. 10; MüKoBGB/*Born*, 7. Aufl. 2017, § 1606 BGB Rn. 35.

[38] *Christian Seiler*, Wechselmodell – unterhaltsrechtliche Fragen, FamRZ 2015, 1845 (1846 – „Residenzmodell", 1852 – „erweiterter Umgang"); Elisabeth Koch/*Heinrich Schürmann*, Handbuch Unterhaltsrecht (Fn. 4), § 4 Rn. 156; MüKoBGB/*Born*, 7. Aufl. 2017, § 1606 BGB Rn. 35; als „offen" bezeichnet diese Frage jetzt Palandt/*Brudermüller*, 77. Aufl. 2018, § 1606 BGB Rn. 10 (anders noch die Vorauflage).

[39] *Ernst Spangenberg*, Umgangskosten, NZFam 2016, 341 ff.; *Christian Seiler*, Wechselmodell – unterhaltsrechtliche Fragen, FamRZ 2015, 1845, 1852; *Kirsten Scheiwe*, Kindesunterhalt und Wechselmodell, FF 2013, 280, 286 f.

[40] BGH, FamRZ 2014, 917, Rn. 37; Palandt/*Brudermüller*, 77. Aufl. 2018, § 1606 BGB Rn. 10; Staudinger/*Klinkhammer*, 2018, § 1606 BGB Rn. 29; *Christian Seiler*, Wechselmodell – unterhaltsrechtliche Fragen, FamRZ 2015, 1845, 1853 f. m.w.N. zu anderen Ansätzen.

vorgibt. Ein derartiges Vorgehen läuft daher Gefahr, die Bindung des Rechtsanwenders an das Gesetz zu missachten. Ausgangspunkt muss daher die gesetzliche Regelungsstruktur sein, wonach zunächst der Bedarf des Kindes (und seine Bedürftigkeit), dann die Leistungsfähigkeit beider Elternteile und schließlich deren Haftungsanteile zu bestimmen sind.[41]

Auch beim „Residenzmodell“ und beim „erweiterten Umgang“ leitet sich die Lebensstellung des Kindes und damit sein Bedarf von beiden Eltern ab (§§ 1602, 1610 Abs. 1 BGB). Das gilt nicht nur hinsichtlich des verfügbaren Einkommens,[42] sondern auch für die Form der Kindesbetreuung und die sonstigen verfügbaren Sachen und Leistungen, mit denen der Lebensbedarf des Kindes befriedigt wird.[43] Dementsprechend gehören die Kosten des Wechsels zwischen den Eltern, d.h. die Reisekosten, und die Kosten für das Wohnen an beiden Orten nicht nur beim „Wechselmodell“, sondern auch beim „Residenzmodell“ und beim „erweiterten Umgang“ zum Lebensbedarf des Kindes. Der Bedarf des Kindes mag bei diesen Modellen unterschiedlich sein; er muss jedoch stets anhand der gesetzlichen Vorgabe des § 1610 BGB und den sich hieraus ergebenden Kriterien bestimmt werden.

Ist der Bedarf des Kindes auf diese Weise bestimmt, ist jedoch noch nichts darüber ausgesagt, wer diesen Bedarf zu decken hat und in welcher Form. Dabei darf man den Blick nicht vorschnell auf den Barunterhalt verengen.[44] Vielmehr kann der mit dem Umgang zusammenhängende Bedarf des Kindes auch naturaliter gedeckt werden. Darauf hat der BGH jüngst zu Recht hingewiesen.[45] Und auch die Haftungsverteilung zwischen den Eltern ist keine Frage des Bedarfs des Kindes nach §§ 1602, 1610 BGB, sondern anhand der hierfür einschlägigen Regelung des § 1606 BGB festzulegen.

[41] Für das „Wechselmodell“ ebenso Staudinger/*Klinkhammer*, 2018, § 1606 BGB Rn. 53.

[42] BGH, FamRZ 2017, 437, Rn. 25.

[43] Oben IV.1.

[44] So aber etwa *Ernst Spangenberg*, Umgangskosten, NZFam 2016, 341, 342.

[45] BGH, FamRZ 2017, 711, Rn. 14; vgl. auch Staudinger/*Klinkhammer*, 2018, § 1606 BGB Rn. 26, 29.

2. Haftungsverteilung zwischen den Eltern

Die gesetzliche Regel bei der Haftung der Eltern auf Kindesunterhalt ist die anteilige Proportionalhaftung beider Elternteile (§ 1606 Abs. 3 S. 1 BGB). Sie ist nicht an eine bestimmte Form der Aufgabenteilung zwischen den Eltern gebunden, sondern erfasst grundsätzlich alle Formen und „Modelle" der Kindesbetreuung. Etwas Anderes gilt nur, falls die Ausnahme des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB eingreift: Falls das Kind minderjährig ist und von einem Elternteil betreut wird, erfüllt dieser Elternteil mit der Betreuung in der Regel seine Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Kind.

Die einschlägigen Normen für die Haftungsverteilung sind daher für das „Residenzmodell" und das „Wechselmodell" schnell bestimmt. Das „Residenzmodell" mit der Alleinbetreuung durch ein Elternteil unterfällt der Sondervorschrift des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB. Demgegenüber ist das „Wechselmodell" nicht nach dieser Sondervorschrift zu beurteilen, da hier beide Elternteile das Kind (annähernd) paritätisch betreuen. Einschlägig ist vielmehr die Grundregel des § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB und damit die anteilige Haftung beider Eltern. Anders als vielfach behauptet, entspricht daher das „Wechselmodell" dem gesetzlichen Regelfall, das „Residenzmodell" ist hingegen nach der gesetzlichen Ausnahmevorschrift zu beurteilen.

Schwieriger ist jedoch die Zuordnung des „erweiterten Umgangs". Die herrschende Meinung beurteilt diese Fälle ebenfalls nach § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB und versteht das „betreut" nicht als „allein betreut", sondern als „überwiegend betreut" mit der Folge, dass der andere Elternteil allein barunterhaltspflichtig ist.[46] Daran ist jedoch vielfach Kritik geübt worden.[47] Daher hat man versucht, die Konsequenzen dieses Ansatzes abzumildern, indem man bei der Barunterhaltspflicht des nicht betreuenden Elternteils den besonderen Aufwand für den Umgang zu berücksichtigen sucht.[48] Das Ergebnis mag unter pragmatischen Gesichtspunkten einleuchten, begegnet aber den bereits genannten Einwänden, da es die gesetzliche Regelungsstruktur nicht ausreichend beachtet.[49]

---

[46] BGH, FamRZ 2014, 917, Rn. 28; MüKoBGB/*Born*, 7. Aufl. 2017, § 1606 BGB Rn. 36.

[47] *Ernst Spangenberg*, Umgangskosten, NZFam 2016, 341 ff.; *Christian Seiler*, Wechselmodell – unterhaltsrechtliche Fragen, FamRZ 2015, 1845, 1852.

[48] Oben V.1.b. bei Fn. 40.

[49] Oben V.1.b. nach Fn. 40.

Es ist deshalb noch einmal genauer zu fragen, wie die Haftungsverteilung beim „erweiterten Umgang“ zu bestimmen ist. Da die Proportionalhaftung nach § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB die gesetzliche Regel ist, muss der Ausgangspunkt die *ratio legis* der Sondervorschrift des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB sein. Sie entscheidet letztlich darüber, ob von dieser gesetzlichen Regel abgewichen werden muss.

§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB ordnet für den Kindesunterhalt die Gleichwertigkeit von tatsächlicher Sorge und anderen Unterhaltsbeiträgen, insbesondere der Befriedigung des finanziellen Bedarfs an. Sie entspricht der Regelung zur Gleichwertigkeit von Familienarbeit und Erwerbstätigkeit beim Familienunterhalt in § 1360 S. 2 BGB. Beide Vorschriften beruhen auf der Gleichberechtigung der Eltern (Art. 3 Abs. 2 GG) und sollen den betreuenden und nicht erwerbstätigen Elternteil davor schützen, überobligationsmäßig erwerbstätig sein zu müssen.[50]

Die Gleichwertigkeit wird von § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB allerdings nur „in der Regel“ angeordnet. Liegt eine solche (Rück-)Ausnahme vor, ist auch bei Betreuung durch einen Elternteil die allgemeine Regel der Proportionalhaftung nach S. 1 anzuwenden. Eine solche Rückausnahme wird etwa bejaht, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse des betreuenden Elternteils erheblich günstiger sind als die des anderen Elternteils, denn dann trifft die von S. 2 vorausgesetzte Schutzbedürftigkeit des betreuenden Elternteils nicht zu und er haftet für den übrigen Bedarf des Kindes neben dem anderen Elternteil anteilig nach S. 1.[51] In derartigen Ausnahmefällen müssen daher die Haftungsanteile der Eltern selbst beim „Residenzmodell“ nach der Grundnorm des § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB bestimmt werden.

Allerdings ist in diesen Fällen die Gleichwertigkeitsregel des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB auch im Rahmen der Proportionalhaftung nach § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB zu berücksichtigen.[52] Ihre (entsprechende) Anwendung ist aufgrund ihrer *ratio legis* und nicht zuletzt verfassungsrechtlich geboten. Die in § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB angeordnete Gleichwertigkeit von tatsächlicher Sorge und sonstigen Unterhaltsbeiträgen bei minderjährigen Kindern verwirklicht die verfassungsrechtlich geforderte Gleichbehandlung beider Elternteile (Art. 3 Abs. 2 GG). Diese muss auch in den Fällen beachtet werden, in denen sich die Haftungsanteile der

[50] *Kirsten Scheiwe*, Kindesunterhalt und Wechselmodell, FF 2013, 280, 283 ff.; Palandt /*Brudermüller*, 77. Aufl. 2018, § 1606 BGB Rn. 7.

[51] BGH, FamRZ 2013, 1558, Rn. 27 ff.; MüKoBGB/*Born*, 7. Aufl. 2017, § 1606 BGB Rn. 29 f.

[52] BGH, FamRZ 2013, 1558, Rn. 30; Staudinger/*Klinkhammer*, 2018, § 1606 BGB Rn. 55.

Eltern nach § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB richten. Beim „Wechselmodell" ist dies angesichts der (annähernd) paritätischen Betreuung des Kindes durch beide Elternteile bereits gewährleistet, so dass sich die Haftungsanteile allein nach deren Einkommens- und Vermögensverhältnissen bestimmen lassen. Wird beim „Residenzmodell" ausnahmsweise die Grundnorm des § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB angewendet, ist dies anders. Hier muss die Gleichwertigkeit von tatsächlicher Sorge und sonstigen Unterhaltsbeiträgen bei der Bestimmung der Haftungsanteile erst durch eine normative Korrektur des allein auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse abstellenden § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB mit Hilfe einer entsprechenden Anwendung des S. 2 hergestellt werden. Daher ist dem BGH zuzustimmen, wenn er die Gleichwertigkeitsregel in diesem Fall auch im Rahmen der Proportionalhaftung berücksichtigt.[53]

Dort dürfte denn auch die Lösung für den „erweiterten Umgang" zu finden sein.[54] Die herrschende Meinung wendet beim „erweiterten Umgang" zu Recht die Gleichwertigkeitsregel des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB an. Das ist nicht nur beim „Wechselmodell" und beim „Residenzmodell", sondern bei jeder Form der Kindesbetreuung verfassungsrechtlich geboten, also auch beim „erweiterten Umgang". Unzutreffend ist jedoch die Annahme, der „erweiterte Umgang" sei der Regelfall des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB und deshalb sei der Barunterhalt alleine dem nicht (überwiegend) betreuenden Elternteil aufzuerlegen.[55] Die damit aufgeworfenen Schwierigkeiten und die Behelfslösungen der herrschenden Meinung lassen sich indes vermeiden, wenn man die oben genannten Einsichten auf den „erweiterten Umgang" anwendet: Erstens stellt der „erweiterte Umgang" nicht den Regelfall des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB dar, sondern ist aufgrund der in dieser Norm vorgesehenen Rückausnahme nach § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB zu beurteilen. Zweitens ist auch in diesem Rahmen die Gleichwertigkeit von tatsächlicher Sorge und sonstigen Unterhaltsbeiträgen mit Hilfe einer entsprechenden Anwendung des S. 2 herzustellen.

[53] BGH, FamRZ 2013, 1558, Rn. 30; Staudinger/*Klinkhammer,* 2018, § 1606 BGB Rn. 55.

[54] Ähnlich Staudinger/*Klinkhammer,* 2018, § 1606 BGB Rn. 29.

[55] Oben V.2. bei Fn. 46.

VI. Die abgekürzte Unterhaltsbemessung

1. „Residenzmodell"

Die Praxis verfährt beim „Residenzmodell" üblicherweise wie folgt: Der allein betreuende Elternteil eines minderjährigen Kindes erfüllt nach § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB seine Unterhaltspflicht mit der Betreuung. Der Barunterhalt wird dann allein nach dem Einkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils bestimmt. Dieser hat auch in der Regel die Kosten seines Umgangs mit dem Kind zu tragen.[56]

Eine derartige Bestimmung des Barunterhalts lässt sich allenfalls als abgekürztes Vorgehen rechtfertigen, wie der BGH jetzt zutreffend festgestellt hat.[57] Dies setzt voraus, dass die gesetzlich vorgegebene ausführliche Prüfung in diesen Fällen zum selben Ergebnis kommt, denn nur dann steht das abgekürzte Vorgehen im Einklang mit dem Gesetz. Das dürfte für das „Residenzmodell" zutreffen, wie die folgenden Überlegungen verdeutlichen sollen.

Auch im „Residenzmodell" leitet sich die Lebensstellung des Kindes und damit sein Bedarf von beiden Eltern ab (§§ 1602, 1610 Abs. 1 BGB). Das gilt nicht nur hinsichtlich des verfügbaren Einkommens,[58] sondern auch für die Form der Kindesbetreuung und die sonstigen verfügbaren Sachen und Leistungen, mit denen der Lebensbedarf des Kindes befriedigt wird. Dementsprechend gehören auch die Kosten des Umgangs zum Lebensbedarf des Kindes. Als Bedarf des Kindes muss er von beiden Eltern anteilig gedeckt werden. Allerdings darf man den Blick nicht vorschnell auf die Barunterhaltspflicht verengen.[59] Vielmehr kann der mit dem Umgang zusammenhängende Bedarf des Kindes auch in Form des Naturalunterhalts gedeckt werden.[60]

Die Eltern müssen nicht nur ihr verfügbares Einkommen verwenden, um den Bedarf des Kindes zu decken, sondern auch dafür alle anderen verfügbaren sächlichen Mittel sowie ihre eigenen Leistungen einsetzen, soweit sie leistungsfähig sind (§ 1603 BGB).

---

[56] Oben V.1.b. bei Fn. 38.

[57] BGH, FamRZ 2017, 437, Rn. 25.

[58] BGH, FamRZ 2017, 437, Rn. 25.

[59] So aber etwa *Ernst Spangenberg*, Umgangskosten, NZFam 2016, 341, 342.

[60] BGH, FamRZ 2017, 711, Rn. 14.

Betreut ein Elternteil das minderjährige Kind allein und greift die Ausnahmeregelung des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB ein, erfüllt er mit der Betreuung seine Unterhaltspflicht. Damit haftet der nicht betreuende Elternteil für den restlichen Unterhalt, soweit er leistungsfähig ist (§ 1603 BGB). Die Barunterhaltspflicht kann daher in diesen Fällen abgekürzt bestimmt werden, indem sie allein nach dem verfügbaren Einkommen des nicht betreuenden Elternteils bemessen wird.[61]

Mit der Betreuung des allein betreuenden Elternteils und dem Barunterhalt des anderen Elternteils ist jedoch noch nicht der gesamte Lebensbedarf des Kindes gedeckt. § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB weist die Deckung dieses weiteren Bedarfs im Ergebnis dem nicht betreuenden Elternteil zu, denn nach dieser Vorschrift erfüllt der allein betreuende Elternteil seine Unterhaltspflicht durch die Betreuung. Von daher erweist sich die herrschende Meinung im Ergebnis als zutreffend, wenn sie die Umgangskosten in diesem Fall dem nicht betreuenden Elternteil auferlegt.[62]

2. „Wechselmodell"

Für das „Wechselmodell" hat sich in der Praxis kein derartiges abgekürztes Verfahren etabliert.[63] Dafür dürfte auch kein Bedürfnis bestehen, da sich die Betreuungsanteile beider Eltern (annähernd) entsprechen und daher nur die Haftungsanteile für den sonstigen Bedarf des Kindes und insbesondere für den Barbedarf zu bestimmen sind. Dieser richtet sich allein nach der Grundregel des § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB. Eine Korrektur der anhand der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern ermittelten Proportionalhaftung mit Hilfe einer entsprechenden Anwendung des Gleichwertigkeitsgrundsatzes aus § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB ist hier wie eben dargelegt[64] nicht geboten.

3. „Erweiterter Umgang"

Anders als beim „Wechselmodell" ermittelt die Praxis beim „erweiterten Umgang" den Kindesunterhalt in einem abgekürzten Verfahren. Sie erlegt dem nicht betreuenden Elternteil die Barunterhaltspflicht alleine auf und bemisst diese nur nach seinem Einkommen. Dabei berücksichtigt sie aber den erhöhten Aufwand, der bei

[61] Oben V.1.a. bei Fn. 30.

[62] Oben V.1.b. bei Fn. 38.

[63] Vorschläge dafür etwa bei *Ernst Spangenberg*, Alternativentwurf eines Finanzierungsmodells bei Wechselbetreuung eines Kindes, FamRZ 2017, 1383 ff.

[64] Oben V.2.

dieser Form der Kindesbetreuung entsteht, einerseits als teilweise Erfüllung der Unterhaltspflicht, andererseits durch einen pauschalen Abzug bei dem verfügbaren Einkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils, indem sie ihn in eine niedrigere Einkommensstufe der Düsseldorfer Tabelle herabstuft.[65]

Während die Berücksichtigung der Erfüllungswirkung zwar systemkonform, aber kein abgekürztes Verfahren ist, vereinfacht der Ansatz im Übrigen zwar das Verfahren bei der Bestimmung des Kindesunterhalts, lässt aber offen, ob damit letztlich dieselben Ergebnisse erzielt werden wie bei der gesetzlich vorgegebenen ausführlichen Prüfung. Das dürfte nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, dass bislang die rechtlichen Grundlagen für den Kindesunterhalt im „Wechselmodell" und beim „erweiterten Umgang" nicht ausreichend geklärt erschienen und daher vielfach nach dem Gesetzgeber gerufen wurde.[66] Wie gezeigt, sind die gesetzlichen Regelungen jedoch durchaus geeignet, auch diese Formen der Kindesbetreuung unterhaltsrechtlich angemessen zu bewältigen.[67] Hierauf gilt es aufzubauen und eine praxistaugliche abgekürzte Unterhaltsbemessung für den „erweiterten Umgang" zu entwickeln, die mit der gesetzlichen Regelung vereinbar und systemkonform ist.

[65] Oben V.1.b. bei Fn. 40.

[66] Oben I.

[67] Im Ergebnis ebenso Staudinger/*Klinkhammer,* 2018, § 1606 BGB Rn. 30.

Das Wechselmodell im öffentlichen Recht – Regelungs- und Reformbedarf

Fritz Rolf Osthold

I. Einführung

Das Wechselmodell hat bisher trotz seiner tatsächlichen Verbreitung nicht nur im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) keine eigenständige Regelung erfahren. Auch in bestimmten Teilen des öffentlichen Rechts, die an die Betreuungsform eines Kindes Rechtsfolgen knüpfen, wirft die Betreuung eines Kindes im Wege eines paritätischen oder echten Wechselmodells ein Rechtsproblem auf, soweit die einschlägigen Gesetze für diesen Fall keine ausdrückliche Regelung vorsehen. Viele der einschlägigen Bereiche aus dem Steuer- und Sozialrecht, aber etwa auch dem Melderecht, stehen unmittelbar in Zusammenhang mit Rechtsfolgen, die sich aus dem Kindschafts- oder Unterhaltsrecht des BGB ergeben und bilden somit nicht selten eine Voraussetzung bzw. eine Vorbedingung der zivilrechtlichen Regelung. Eine ganzheitliche und vollständige Betrachtung des Wechselmodells im Rahmen des geltenden Rechts hat sich daher ebenso diesen Nebengebieten zu widmen, wie auch eine Analyse des Reformbedarfs mit dem Anliegen, das Wechselmodell gesetzlich zu kodifizieren. Der folgende Beitrag soll sowohl einen Überblick über die wichtigsten Bereiche des öffentlichen Rechts bieten, welche sich mit der Betreuungsform des Kindes befassen, als auch mögliche Unstimmigkeiten und gesetzgeberische Schwachstellen aufzeigen sowie schließlich möglichen Reformbedarf erörtern. Der folgende Beitrag befasst sich, soweit nicht ausdrücklich anders bezeichnet, mit dem „echten“ oder „paritätischen“ Wechselmodell nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH),[1] nach der von einem solchen nur ausgegangen werden kann, wenn eine fast vollständig identische Aufteilung der elterlichen Betreuungsanteile sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht besteht, so dass es nicht mehr möglich ist, bei einem Elternteil einen Betreuungsschwerpunkt festzustellen.

II. Das Wechselmodell im Einkommensteuerrecht/ Bundeskindergeldgesetz

Im Einkommensteuerrecht spielt das Wechselmodell im Wesentlichen in zwei Bereichen eine Rolle. Da das Einkommensteuerrecht unmittelbar die Höhe der monatlich zur Verfügung stehenden Einkommen der Elternteile bestimmt, hat dieser Bereich des öffentlichen Rechts naturgemäß vor allem in Unterhaltsstreitigkeiten eine Auswirkung.

---

[1] BGH, FamRZ 2017, 917; BGH, FamRZ 2015, 236; BGH, NJW 2006, 2258.

1. Das Kindergeld nach §§ 31 f., 64 ff. EStG bzw. dem Bundeskindergeldgesetz (BKGG)[2]

a) Die geltende Rechtslage

Das Kindergeld kann je nach Einkommenslage eine (teilweise) Steuerbegünstigung oder eine (teilweise) Sozialleistung sein, weshalb das Kindergeld sowohl im Einkommensteuerrecht als auch im Bundeskindergeldgesetz geregelt ist.[3] Die Regelungen entsprechen sich jedoch, so dass im Folgenden auf den in Unterhaltsrechtsstreitigkeiten häufigeren Bezug auf das Einkommensteuerrecht und dessen Regelungen abgestellt wird.

§ 64 Abs. 1 EStG bestimmt, dass für jedes Kind nur einem Berechtigten Kindergeld gezahlt wird. Gemäß § 64 Abs. 2 S. 1 EStG wird bei mehreren Berechtigten das Kindergeld demjenigen gezahlt, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat (sog. Obhutsprinzip).[4] Im Rahmen des Residenzmodells ist die Frage der Berechtigung daher schnell zu beantworten. Im Falle des Wechselmodells hingegen nicht, da das Kind dann faktisch gleichermaßen in beiden Haushalten der Eltern aufgenommen worden ist. Eine gesetzliche Regelung für diesen Fall fehlt. Das Bundeszentralamt für Steuern macht in seiner Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz (DA-KG), Stand 2017, III., A 25.1 Abs. 5 für die Behörden die Vorgabe, dass im Falle der Aufnahme eines Kindes getrenntlebender Eltern in den Haushalt beider Elternteile „in annähernd gleichem zeitlichem Umfang, demjenigen das Kindergeld gegenüber

---

[2] Sind die Eltern nicht unbeschränkt im Inland einkommensteuerpflichtig, so richtet sich die Auszahlung des Kindergeldes nach dem BKGG, dessen Regelungen jedoch denen des EStG entsprechen. Das BKGG spielt damit praktisch nur noch eine untergeordnete Rolle, vgl. *Michael Klatt*, Sozialleistungen und Wechselmodell, FPR 2006, 298 f.

[3] Das BKGG kommt nur zur Anwendung, wenn Personen betroffen sind, die in Deutschland nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind oder als solche behandelt werden, aber dem deutschen Sozialrechtssystem in anderer Weise verbunden sind. Eine gleichzeitige Zahlung von Kindergeld nach BKGG und EStG ist ausgeschlossen. Vgl. dazu *Christel von der Decken*, in: Hermann Plagemann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 5. Aufl. München 2018, § 32 Rn. 141.

[4] BFH, DStR 2017, 2209. Bei (zumeist volljährigen) Kindern mit eigenem Hausstand hat gemäß § 64 Abs. 3 S. 1 und 2 EStG derjenige Elternteil Anspruch auf das Kindergeld, der die höhere Unterhaltsrente an das Kind zahlt. Im Falle eines minderjährigen Kindes, das im Wege eines paritätischen Wechselmodells mit einer Nestwohnung betreut wird, wäre daher wohl – soweit ein Unterhalt von den Eltern überhaupt gezahlt wird – stets derjenige Elternteil bezugsberechtigt, der den höheren Unterhaltsanteil zahlt. Wird kein Unterhalt bzw. gleich hoher Unterhalt gezahlt, ist über den Verweis in § 64 Abs. 3 S. 4 EStG auf § 64 Abs. 2 S. 3 EStG das Familiengericht zu einer Entscheidung berufen.

festzusetzen ist, den die Eltern untereinander bestimmt haben." Eine vor der Trennung getroffene Bestimmung wirkt nach dem BFH zunächst fort, bis sie von einem Beteiligten widerrufen wird, was eine Besonderheit des Wechselmodells darstellt, da nach Trennung der Eltern eine vormalige Bestimmung durch Stellung des Kindergeldbezugsantrags (§ 67 EStG) grundsätzlich mit der Trennung entfällt.[5] Können sich die Eltern jedoch nicht einigen, so hat nach der Rechtsprechung des BFH gemäß § 64 Abs. 2 S. 3 EStG analog das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils über den Bezug zu entscheiden.[6] Es bleibt somit dabei, dass das Kindergeld nur an einen von beiden Elternteilen ausgezahlt werden kann, nicht jedoch hälftig an beide Elternteile.[7] Es herrscht demnach im Außenverhältnis beider Elternteile zum Staat ein Alles-oder-Nichts-Prinzip, welches einen Innenausgleich zwischen den Elternteilen erforderlich macht, wobei sich dessen Form danach richtet, ob Kindesunterhalt gezahlt wird bzw. gezahlt werden kann oder nicht.[8] Dabei kann das Familiengericht in dem genannten Verfahren nach § 64 Abs. 2 S. 3 EStG analog nur über die Auszahlung des Kindergeldes durch den Staat entscheiden, nicht jedoch zugleich eine solche Regelung im Innenverhältnis der Eltern zueinander treffen.[9]

Ein Rechtsstreit im Außenverhältnis wird häufig dann entstehen, wenn beide Elternteile über geringes Einkommen verfügen und daher ein Interesse an dem vorrangigen Zugriff auf das Kindergeld haben. Für die Entscheidung des Familiengerichts nach § 64 Abs. 2 S. 3 EStG analog ist funktionell der Rechtspfleger zuständig, vgl. §§ 3 Nr. 3g i.V.m. 25 Nr. 2a RPflG.[10] Dieses Verfahren kann jedoch nur erfolgversprechend angestrengt werden, wenn ein

---

[5] BFH, DStR 2017, 2209.

[6] BFH, DStR 2017, 2209; BFH, DStRE 2013, 1171; BFH, NJW 2005, 2175.

[7] BFH, DStRE 2013, 1171. Vgl. dazu auch *Heike Hennemann*, Meldewesen, Kindergeldberechtigung und Sozialleistungen beim Wechselmodell, NZFam 2016, 825, 826; *Beatrix Ruetten*, Das paritätische Wechselmodell und Streitfragen des Kindergeldes sowie anderer kindbezogener Leistungen, NZFam 2016, 337, 338.

[8] Damit hat sich mittlerweile auch der BGH beschäftigt, vgl. BGH, FamRZ 2016, 1053.

[9] OLG Dresden, BeckRS 2014, 01928.

[10] Beteiligte des Verfahrens sind die Eltern. Es handelt sich zwar um eine sonstige Unterhaltssache nach § 231 Abs. 2 FamFG, jedoch unterliegt das Verfahren den Verfahrensregeln der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vgl. OLG Köln, FamRZ 2015, 1751; OLG Frankfurt, FamRZ 2014, 594; OLG Celle, NJW-RR 2012, 1351. Gegen eine Entscheidung des Gerichts ist die Beschwerde sowie die Rechtsbeschwerde zulässig, wobei letztere der Zulassung durch das OLG bedarf. Es ist noch nicht geklärt, ob der Beschwerdewert von 600 Euro erreicht sein muss und wie dieser berechnet wird, vgl. dazu Blümich/*Selder*, EStG, KStG, GewStG, Bd. I, Loseblattsammlung, Ergänzungslieferung 139 (Stand: 11/2017), § 64 EStG Rn. 40.

paritätisches Wechselmodell zwischen den Beteiligten unstreitig ist. Die bisher ergangene familienrechtliche Rechtsprechung betont nämlich, dass die notwendige Vorfrage, ob überhaupt ein Wechselmodell vorliegt, nicht durch das Familiengericht zu klären sei, sondern vorab in einem Verfahren vor dem Finanzgericht, da das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 64 Abs. 2 EStG allein der Beurteilung durch die Finanzgerichte obläge.[11] Die wenige dazu ergangene Rechtsprechung versucht dieser „Zuständigkeitsproblematik" dadurch ein wenig abzuhelfen, dass der Rechtspfleger von einem Wechselmodell ausgehen können soll, wenn dies schlüssig und substantiiert vorgetragen wird und die Betreuungsanteile nur in sehr geringer Abweichung von diesem Vortrag streitig sind.[12] Es bleibt aber recht unklar, wann diese Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen und ob andere Gerichte der genannten Rechtsprechung des OLG Celle folgen würden. In der Sache ist diese Rechtsprechung aber überzeugend. Das Argument der vorrangigen Zuständigkeit der Finanzgerichte für die Auslegung des EStG verfängt. Gleichwohl ergeben sich daraus weitere Probleme, da die Finanzgerichte etwas andere Maßstäbe als die Familiengerichte bei der Beurteilung anlegen dürften, ob ein Wechselmodell vorliegt. So vertritt der BFH spezifisch für das Wechselmodell die Auffassung, dass dieses nur dann vorliege, wenn ein Schwerpunkt der Betreuung des Kindes im Haushalt eines Elternteils nicht ausgemacht werden könne. Neben der zeitlichen Komponente seien auch andere betreuungsbezogene Kriterien für die Frage der Hauptbetreuung relevant (z.B. die Aufteilung der elterlichen Sorge, ein vorhandenes Kinderzimmer, Möglichkeit des Kindes, den Aufenthalt frei zu wählen). Der sich dabei in Einklang mit der Rechtsprechung des BGH sehende BFH hat aber schon bei zeitlichen Betreuungsanteilen von 40% zu 60% angenommen, dass eine „annähernd gleichwertige Aufnahme" in die Haushalte beider Elternteile und somit ein Wechselmodell vorliegt.[13] Es ist daher möglich, dass ein durch die Finanzgerichte festgestelltes Wechselmodell im Zivilrecht verneint wird, weil der BGH wohl etwas strengere Anforderungen an die Gleichwertigkeit der bloßen Betreuungszeitanteile stellen dürfte.[14] Im Falle des gleichlautenden § 3 Abs. 2 S. 3 BKGG ist die Sozialgerichtsbarkeit zuständig, welche dies womöglich wiederum anders

[11] OLG Celle, NJW-RR 2012, 1351, 1353. In diesem Sinne, allerdings nicht spezifisch zu Wechselmodellfällen auch OLG Nürnberg, FamRZ 2011, 1243; OLG München, NJW-RR 2011, 1082; OLG Jena, BeckRS 2011, 12759.

[12] OLG Celle, NJW-RR 2012, 1351, 1353.

[13] BFH, DStRE 2013, 1171.

[14] So hat der BGH ein Wechselmodell bei zeitlichen Betreuungsanteilen von 43% zu 57% verneint, vgl. BGH, FamRZ 2015, 238.

beurteilt.[15] Daher kann der Rechtsstreit für die Beteiligten unübersichtlich bzw. uneinheitlich hinsichtlich der verschiedenen Zuständigkeiten und wegen der nachgeschalteten Verfahren auch tendenziell langwierig werden.

In der Sache handelt es sich bei § 64 Abs. 2 S. 3 EStG um eine Ermessensentscheidung des Familiengerichts, die sich am Sinn und Zweck des Kindergeldes, nämlich der Deckung des Lebensbedarfs des Kindes, orientieren soll.[16] Feste Kriterien nennt das Gesetz nicht. Nach der Rechtsprechung der Familiengerichte sind verschiedene Kriterien in die Entscheidung einzubeziehen, wie etwa „die bessere Gewähr für ein unmittelbares Zugutekommen des Kindergeldes“,[17] der bisherige Bezug (quasi als Kontinuitätsprinzip),[18] die Vermeidung der Entstehung von Rückforderungsansprüchen,[19] die bessere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Elternteils[20] oder welcher Elternteil die überwiegenden Kosten für das Kind trägt.[21] Diese Kriterien führen nicht selten zu einem elterlichen Wettstreit um die besseren Betreuungsleistungen, den höheren materiellen Einsatz für das Kind und die höhere Zuverlässigkeit, was häufig auch mit gegenseitigen persönlichen Vorwürfen und einer Verschlechterung der elterlichen Beziehung verbunden ist, wie man es häufig aus kindschaftsrechtlichen Verfahren kennt.

Es bleibt also festzuhalten, dass das Gesetz im Falle des Wechselmodells selbst keine Lösung bietet und auch keinerlei Entscheidungskriterien vorgibt. Dies kann zunächst zu einer unklaren Zuständigkeitsverteilung führen, wenn streitig ist, ob überhaupt ein Wechselmodell besteht. Die familienrechtliche Rechtsprechung hat bereits zutreffend festgestellt, dass die analoge Anwendung des § 64 Abs. 2 S. 3

[15] Im Rahmen seiner Rspr. zum SGB II hat sich das BSG jedoch zuletzt an der Rspr. des BGH orientiert, vgl. BSG, BeckRS 2016, 68456.

[16] OLG Celle, NJW-RR 2012, 1351, 1353; OLG Köln, BeckRS 2013, 02973; OLG München, FamRZ 2006, 1567; OLG Dresden, BeckRS 2014, 01928; BeckOK BGB/*Reinken*, 43. Ed. 15.06.2017, § 1606 BGB Rn. 17n.

[17] OLG Celle, NJW-RR 2012, 1351, 1353.

[18] OLG Celle, NJW-RR 2012, 1351, 1353; OLG Dresden, BeckRS 2014, 01928; OLG Schleswig, NJOZ 2004, 2145, 2146. Im Falle eines Wechselmodells nimmt auch der BFH wie oben bereits dargestellt an, dass ausnahmsweise durch die Trennung eine vor Trennung getroffene Bestimmung bis zum Widerruf fortwirkt.

[19] OLG München, FamRZ 2006, 1567; OLG Celle, NJW-RR 2012, 1351, 1353.

[20] OLG Schleswig, NJOZ 2004, 2145, 2146; OLG Köln, BeckRS 2013, 02973; OLG Celle, NJW-RR 2012, 1351, 1353.

[21] OLG Dresden, BeckRS 2014, 01928.

EStG erhebliche Probleme bereitet, wenn das Wechselmodell an sich streitig ist, weil § 64 Abs. 2 S. 3 EStG direkt nur in Konstellationen anwendbar ist, in denen die einkommensteuerlichen Voraussetzungen für den möglichen Kindergeldbezug eindeutig sind.[22] Wenn das Bestehen eines Wechselmodells nachhaltig streitig ist, kann dies also zu einer potentiell langwierigen und aufwendigen Folge von drei Verfahren führen, die auch noch teilweise unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten unterfallen, deren Rechtsprechung zum Wechselmodell nicht ganz einheitlich sein dürfte. Selbst wenn das Familiengericht den Bezugsberechtigten des Kindergeldes festgelegt hat, so müsste im Streitfalle noch in einem dritten Verfahren (dann vor dem Richter) am Familiengericht der Innenausgleich geklärt werden (entweder isoliert oder im Rahmen eines Unterhaltsrechtsstreits). Die durch die Rechtsprechung in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung gefundene Lösung erscheint daher unpraktisch und wenig verfahrensökonomisch. Für die Beteiligten dürfte sie undurchsichtig, bürokratisch, langwierig und unnötig kostenintensiv erscheinen.

b) Reformüberlegungen

Der Gesetzgeber sollte bei möglichen Überlegungen der Kodifikation des Wechselmodells in Betracht ziehen, eine gesetzliche und praktikablere Lösung zu finden. Auf den ersten Blick erschiene es naheliegend, die Problematik durch einen hälftigen Bezug des Kindergeldes im Außenverhältnis zu lösen. Es soll dabei nicht verkannt werden, dass dies einen zusätzlichen Verwaltungsaufwand mit sich bringen und das bisherige System aufbrechen würde. Ein möglicher Lösungsansatz wäre dies dennoch, vor allem, weil dies streitvermeidend wirken würde, was letztlich ebenso dem Kindeswohl zuträglich wäre wie der Praktikabilität des Wechselmodells. Zugleich wären Verfahren bis hin zum Innenausgleich zwischen den Eltern überflüssig. Eine andere Lösung innerhalb des bestehenden Systems wäre, das Verfahren für den Bezug des Kindergeldes im Außenverhältnis insgesamt so zu konstruieren, dass es auch funktionell dem Richter zugewiesen wäre. Dann wäre es dem Familiengericht im Rahmen einer Entscheidung über den Bezug des Kindergeldes immerhin möglich, zugleich einen Innenausgleich zwischen den Eltern zu regeln. Zudem könnte und sollte dann das Familiengericht eigenständig zu der Beurteilung ermächtigt werden, ob ein Wechselmodell vorliegt oder nicht. Auf diese Weise würde die Entscheidung über die Auszahlung des

[22] OLG Celle, NJW-RR 2012, 1351, 1353.

Kindergeldes sowie dessen Innenausgleich in einem einzigen Verfahren gebündelt werden.

2. Die Zuweisung des Entlastungsbetrags für Alleinerziehende nach § 24b EStG bzw. die Lohnsteuerklasse II

a) Die geltende Rechtslage

Gemäß § 24b Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 EStG können alleinstehende Steuerpflichtige, zu deren Haushalt mindestens ein Kind gehört, für das ihnen ein Freibetrag nach § 32 Abs. 6 EStG oder Kindergeld zusteht, von der Summe der Einkünfte einen Entlastungsbetrag in Höhe von 1.908 Euro abziehen. Der Entlastungsbetrag für Alleinstehende wird im Lohnsteuerabzugsverfahren durch Gewährung der Lohnsteuerklasse II berücksichtigt (§ 38b Abs. 1 S. 2 Nr. 2, § 39b Abs. 2 S. 5 Nr. 4 EStG).

Gemäß § 24b Abs. 1 S. 2 EStG gehört das Kind zum Haushalt desjenigen Elternteils, in dem es gemeldet ist. Zwar ist diese Vermutung nach der Rechtsprechung des BFH unwiderleglich.[23] Jedoch führt die Regelung zu keiner eindeutigen Festlegung, wenn das Kind bei beiden Elternteilen gemeldet ist (nicht entscheidend ist nach dem Willen des Gesetzgebers, ob es dort mit Haupt- oder Nebenwohnung gemeldet ist[24]).[25] Nach der Rechtsprechung des BFH kann ein Kind bei gleichzeitiger Meldung zu den Haushalten beider Elternteile zugehörig sein, wenn in beiden Wohnungen entsprechend ausgestattete Unterkunftsmöglichkeiten bestehen, die regelmäßig vom Kind besuchten Einrichtungen (z.B. Schule, Kindergarten) von beiden Wohnungen aus erreichbar sind und die Beaufsichtigung bei kleinen Kindern gleichermaßen jederzeit gewährleistet ist.[26] Im Falle eines Wechselmodells ist wohl anzunehmen, dass die Eltern regelmäßig diese Kriterien erfüllen werden. Es stellt sich nach der Trennung dann die Frage, soweit beide Elternteile alleinstehend i.S.d. § 24b EStG sind, wer den Entlastungsbetrag für Alleinerziehende in Anspruch nehmen kann. Der BFH hat für den Fall eines Wechselmodells bereits entschieden, dass sich aus der

[23] BFH, FamRZ 2015, 1392.

[24] BT-Drs. 15/3339, S. 11.

[25] In diesem Fall verweist § 24b Abs. 1 S. 3 EStG direkt auf denjenigen Elternteil, dem das Kindergeld gezahlt wird. Vgl. dazu sogleich.

[26] BFH, BStBl II 1999, 594.

Vorschrift ergebe, dass der Entlastungsbetrag immer nur einem von beiden Elternteilen zustehen könne.[27] Auch hier besteht für jeden Elternteil damit nach derzeitiger Rechtslage eine Alles-oder-Nichts-Lösung im Außenverhältnis, wobei ein Innenausgleich nicht stattfindet. Im Zweifel soll nach der genannten Rechtsprechung des BFH derjenige Elternteil den Entlastungsbetrag beanspruchen können, der das Kindergeld bezieht. Ein eigenständiges Verfahren für einen Streit der Eltern über die Beanspruchung des Freibetrags wie in § 64 Abs. 2 S. 3 EStG analog existiert hier nicht. Auch ein familienrechtlicher Ausgleichsanspruch dürfte nicht bestehen, da der Entlastungsbetrag elternteil- und nicht kindbezogen ist.[28] Es geht nämlich lediglich um elterlichen (Zusatz-)Bedarf, dem der Freibetrag Rechnung trägt. Mit dem Verweis auf den Kindergeldbezug ist der Bogen zu der bereits erörterten Problematik geschlagen. Obwohl der BFH betont, dass die Einigung über den Kindergeldbezug nicht zugleich eine Einigung über die Inanspruchnahme des Entlastungsbetrags für Alleinerziehende beinhalte,[29] sondern eine gesonderte Einigung erfordere, führt die Verweisung auf den Kindergeldbezug in die bereits beschriebene, unbefriedigende Rechtslage. Der kindergeldbeziehende Elternteil wird deshalb derzeit auch regelmäßig den Freibetrag geltend machen können,[30] wodurch es im Vergleich zum anderen Elternteil privilegiert wird, obwohl die Belastungen bei beiden identisch sein dürften. Damit kann ein Streit über den Kindergeldbezug derzeit aber auch zu einem dissimulierten Streit über die Inanspruchnahme des Entlastungsbetrags für Alleinerziehende werden.

b) Reformüberlegungen

Obwohl der BFH im Jahr 2010 feststellte, dass es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehle und die Belastungen im Falle eines Wechselmodells beide Elternteile gleichermaßen treffen,[31] nutzte der Gesetzgeber die jüngste

[27] BFH, NJW 2010, 3263, 3264. Ist für den Veranlagungszeitraum jedoch bereits bei einem Elternteil im Lohnsteuerabzugsverfahren die Lohnsteuerklasse II berücksichtigt worden, so ist die Zuweisung des Entlastungsbetrags in diesem Veranlagungszeitraum bindend.

[28] *Beatrix Ruetten*, Das paritätische Wechselmodell und Streitfragen des Kindergeldes sowie anderer kindbezogener Leistungen, NZFam 2016, 337, 340.

[29] BFH, NJW 2010, 3263, 3264.

[30] *Beatrix Ruetten*, Das paritätische Wechselmodell und Streitfragen des Kindergeldes sowie anderer kindbezogener Leistungen, NZFam 2016, 337, 340.

[31] BFH, NJW 2010, 3263, 3264: „Ziel des Entlastungsbetrags nach § 24b EStG ist es, die höheren Kosten für die eigene Lebens- bzw. Haushaltsführung der so genannten echten Alleinerziehenden abzugelten, die einen gemeinsamen Haushalt nur mit ihren Kindern und keiner anderen

Reform des § 24b EStG[32], die auch eine erstmalige Erhöhung des Freibetrags seit dessen Einführung mit sich brachte, nicht für eine ausdrückliche Regelung des Wechselmodells. Eine eindeutige gesetzliche Regelung wäre aber auch hier wünschenswert. In Betracht käme insoweit eine hälftige Aufteilung des Entlastungsbetrags, eine Verdoppelung oder gar das Entfallen des Freibetrags für beide Elternteile. Der Gesetzgeber stellte bei Einführung des Freibetrags darauf ab, dass die Mehrbelastungen einer alleinigen Haushaltsführung mit Kind, insbesondere bei einer eigenen Erwerbstätigkeit, ausgeglichen werden sollen.[33] Dem alleinerziehenden Elternteil fehle es an den typischen Synergieeffekten, die das Zusammenleben mit einer erwachsenen Person mit sich bringe. Zwar dürften beide Elternteile im Wechselmodell durch die geteilten Betreuungsleistungen eine gewisse Entlastung erfahren, die auch die eigene Mobilität erhöhen dürfte. Gleichwohl fehlt es weiterhin bei beiden Elternteilen an den Synergieeffekten des Zusammenlebens. Dieser zentrale Aspekt spricht bereits gegen ein Entfallen des Freibetrags. Zudem ergeben sich beim Wechselmodell aber auch zusätzliche Belastungen wie erhöhter Koordinations- und Kooperationsbedarf mit dem anderen Elternteil. Da sich die Kosten bei einer hälftigen Betreuung jedoch im Bereich der fixen Kosten eher verdoppeln als halbieren dürften, würde eine Verdoppelung des Freibetrags sachgerechter sein. Hinzu kommen regelmäßig zusätzliche Kosten des Wechselmodells wie etwa Fahrtkosten, welche nach der Rechtsprechung des BFH entsprechend den Umgangskosten einkommensteuerlich nicht als außergewöhnliche Belastung nach § 33 EStG zu berücksichtigen sein dürften.[34] Die erhöhte bzw. tendenziell eher doppelte Belastung erkennt nicht nur der BGH in seiner Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht an.[35] Mit diesem Argument gewährte das BVerwG zwei Bundesbeamten, die ein gemeinsames Kind im Wege des Wechselmodells betreuen, jeweils den Familienzuschlag der Stufe 1 nach § 40 Abs. 1 BBesG a.F.[36] Denkbar wäre auch die Gewährung eines

---

erwachsenen Person führen, die tatsächlich oder finanziell zum Haushalt beiträgt (BT-Drs. 15/3339, S. 11). Erfüllen beide Elternteile die Voraussetzungen für die Gewährung des Entlastungsbetrags nach § 24b EStG, weil das Kind in annähernd gleichem Umfang in deren Haushalte aufgenommen ist, sind beide typischerweise in gleichem Umfang mit den höheren Kosten für die eigene Lebens- bzw. Haushaltsführung der so genannten echten Alleinerziehenden belastet."

[32] Gesetz zur Anhebung des Grundfreibetrags, des Kinderfreibetrags, des Kindergeldes und des Kinderzuschlags vom 16.07.2015, in Kraft seit 23.07.2015, BGBl. I 2015, S. 1202.

[33] BT-Drs. 15/3339, S. 11.

[34] BFH, BeckRS 2012, 95668. Anders dagegen im Sozialrecht, vgl. dazu unten V.2.

[35] BGH, NJW 2016, 1956, 1957.

[36] BVerwG, NVwZ-RR 2014, 689. Mittlerweile hat der Gesetzgeber die Vorschrift allerdings dahingehend korrigiert, dass der Familienzuschlag nur hälftig gewährt wird. Vgl. dazu unten VI.

reduzierten Freibetrags (z.B. der Freibetrag vor der Reform in Höhe von 1.308 Euro gegenüber dem jetzigen Freibetrag von 1.908 Euro) gegenüber beiden Elternteilen, wenn man in Abwägung der Entlastungen bei der Betreuung zu den nach wie vor bestehenden Belastungen und etwaigen zusätzlichen Belastungen einen Mittelweg suchte. Jedenfalls sollte aber mindestens eine Teilung des Freibetrags ermöglicht werden. Der BFH wies in seiner Entscheidung darauf hin, dass die Teilung eines Freibetrags bereits in vielen Fällen im Einkommensteuerrecht vorgesehen ist und daher auch regelungstechnisch nicht außergewöhnlich wäre.[37]

III. Das Wechselmodell im Melderecht

1. Die geltende Rechtslage

Das Melderecht ist in der Bundesrepublik Deutschland mit dem Bundesmeldegesetz (BMG) vom 03.05.2013,[38] in Kraft seit dem 01.11.2015, umfassend und auf Bundesebene einheitlich neu geregelt worden, nachdem dem Bund im Jahre 2006 die entsprechende Kompetenz übertragen wurde (Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG). Der Ort der Anmeldung des Wohnsitzes hat vielfältige rechtliche Auswirkungen. In Bezug auf Kinder ist bereits auf die Bezüge im Einkommensteuerrecht hingewiesen worden. Ein weiterer Bezugspunkt kann sich etwa im Schulrecht der Länder ergeben.[39] Nach § 37 Abs. 1 Schulgesetz des Landes Hamburg ist ein Kind beispielsweise zum Schulbesuch in diesem Bundesland verpflichtet, wenn es dort seinen Wohnsitz hat.[40] Nach § 42 Abs. 1 Schulgesetz des Landes Hamburg sind Kinder zu Beginn des der Einschulung vorangehenden Jahres einer regional zuständigen Grundschule vorzustellen.[41] Die regionale Zuständigkeit richtet sich in erster Linie nach dem Wohnsitz der Kinder. Dem melderechtlichen Wohnsitz kann bei der Frage der Anmeldung des Kindes zu einer bestimmten Schule auf diese Weise eine besondere Bedeutung zukommen.

---

[37] BFH, NJW 2010, 3263, 3264.

[38] BGBl. I 2015, S. 1084.

[39] So etwa auch ein Hintergrund des Falles in VG Wiesbaden, BeckRS 2016, 43094.

[40] Ebenso z.B. § 26 SächsSchulG; § 63 Abs. 1 Nds.SchulG. § 46 Abs. 3 SchulGNRW begründet einen Anspruch auf Aufnahme „in die seiner Wohnung nächstgelegene Grundschule".

[41] Nach § 63 Abs. 3 Nds.SchulG haben Schüler grundsätzlich diejenige Schule der von ihnen gewählten Schulform zu besuchen, in deren Schulbezirk sie ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Das Wechselmodell ist im BMG jedoch nicht gesetzlich geregelt. Nach § 17 BMG besteht eine allgemeine Meldepflicht. Es gilt nach § 17 Abs. 1 BMG, dass derjenige, der eine Wohnung bezieht, sich innerhalb von zwei Wochen nach dem Einzug bei der Meldebehörde anzumelden hat. Hat ein Einwohner mehrere Wohnungen im Inland, so ist nach § 21 Abs. 1 BMG eine dieser Wohnungen seine Hauptwohnung. Diese ist gemäß § 21 Abs. 1 BMG die vorwiegend genutzte Wohnung. Bei der dort zuständigen Meldebehörde hat er sich anzumelden. Gemäß § 22 Abs. 2 BMG ist die Hauptwohnung eines Minderjährigen die von seinem Personensorgeberechtigten vorwiegend genutzte Wohnung. Leben die Personensorgeberechtigten getrennt, ist nach § 22 Abs. 2 Hs. 2 BMG die Wohnung des Sorgeberechtigten maßgeblich, die von dem Minderjährigen vorwiegend genutzt wird. Ergeben sich hierüber Zweifel, so ist nach § 22 Abs. 3 BMG diejenige Wohnung als Hauptwohnsitz anzusehen, wo der Schwerpunkt der Lebensbeziehungen des Kindes liegt. Bevor die Zweifelsregelung nach § 22 Abs. 3 BMG greift, stellt die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung auf einen Vergleich der Aufenthaltszeiten in beiden Wohnungen ab.[42] Erst wenn sich hier kein Übergewicht ergibt, ist § 22 Abs. 3 BMG heranzuziehen. Aus § 22 BMG (ehemals § 12 MRRG[43]) entnimmt das BVerwG den Grundsatz, dass es ausgeschlossen sei, dass ein Einwohner mehr als eine Hauptwohnung haben kann.[44] Die Begründung für das staatliche Anliegen, jedem Bürger eine Hauptwohnung zuzuweisen, liegt in der „Funktion des Melderegisters als zentrale Informationsquelle für eine Vielzahl von Behörden und Anknüpfungspunkt für zahlreiche Verwaltungshandlungen in den verschiedensten Verwaltungsbereichen […].“[45]

Im Rahmen eines Wechselmodells kann eine vorwiegende Nutzung einer Wohnung häufig nicht festgestellt werden, so dass definitionsgemäß eigentlich überhaupt keine Hauptwohnung vorliegen kann. Liegen die Wohnungen der Eltern dann noch nahe beieinander, so ergibt sich auch kein eindeutiger Schwerpunkt der Lebensbeziehungen des Kindes.[46] Daher sieht die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in einem Fall, in dem sich objektiv kein

[42] Vgl. dazu etwa BVerwG, FamRZ 2016, 44; VG Berlin (Urteil vom 21.04.2016 – 23 K 270.14).

[43] Der Gesetzgeber weist auf die Identität der Vorschriften im Rahmen der Einführung des BMG hin, vgl. BT-Drs. 17/7746, S. 39.

[44] BVerwG, NJW 2016, 99, 100. So auch eindeutig die Intention des Gesetzgebers, vgl. BT-Drs. 8/3825, S. 20 und 31.

[45] BVerwG, NJW 2016, 99, 100.

[46] So etwa in VG Berlin (Urteil vom 21. 04.2016 – 23 K 270.14). So auch das BVerwG, NJW 2016, 99, 100.

Schwerpunkt der Lebensbeziehungen eines Kindes feststellen lässt, die Personensorgeberechtigten gefordert, einen Hauptwohnsitz zu bestimmen.[47] Hier ergibt sich allerdings ein Problem, wenn diese sich nicht einig sind. Es erscheint dann fraglich, wie dieser Konflikt gelöst werden kann, denn letztendlich muss ein Kind melderechtlich eine Hauptwohnung haben. Hier wäre zunächst an eine zivilgerichtliche Auseinandersetzung der Eltern im Rahmen des gemeinsamen Sorgerechts über ein familiengerichtliches Verfahren nach § 1628 BGB zu denken. Dabei müsste es sich bei der Meldung des Kindes im melderechtlichen Sinne um eine Angelegenheit handeln, die für das Kind von erheblicher Bedeutung i.S.d. § 1628 S. 1 BGB ist. Ob eine Angelegenheit für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, hängt von den Auswirkungen der Entscheidung auf das Kind ab.[48] Dies wird von der Rechtsprechung einzelfallbezogen entschieden. Hierzu existiert – soweit ersichtlich – aber kaum Rechtsprechung In einer Entscheidung aus dem Jahre 2008 hatte sich das OLG München mit dieser Frage befasst und war zu dem Ergebnis gekommen, dass es sich bei der Anmeldung nicht um eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung für das Kind handele.[49] Hintergrund des Falles war allerdings ein Unterhaltsstreit der Eltern. Das OLG München bemühte in seiner Entscheidung zwei Sachargumente: Zum einen wertete das OLG München den Streit um die Meldung des Kindes als Angelegenheit der Eltern und nicht als Angelegenheit des Kindes. Zum anderen unterfalle die Entscheidung zur Meldung des Kindes zwar der elterlichen Sorge, die Entscheidung habe aber Dauerwirkung und sei deshalb nicht nach § 1628 BGB, sondern nach § 1671 BGB im Rahmen eines Verfahrens über die Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts zu klären.

Diese Entscheidung des OLG München hat das BVerwG nunmehr zum Anlass genommen, den Weg über § 1628 BGB als generell nicht gangbar und die Meldebehörde im Falle einer Uneinigkeit der Eltern notgedrungen als zu einer eigenen Entscheidung ermächtigt anzusehen.[50] Diese wird daher oftmals einfach den bisherigen Wohnsitz des Kindes als Hauptwohnung bestimmen, soweit dieser noch

---

[47] BVerwG, NJW 2016, 99, 101; VG Wiesbaden, BeckRS 2016, 43094, welches in Ermangelung einer zivilrechtlichen Regelung eine kuriose Entscheidung dahingehend traf, dass der Hauptwohnsitz des Kindes monatlich hin und her wechselte: „Das hierdurch bedingte melderechtliche Chaos haben sich die Eltern gemeinsam zuzuschreiben."

[48] MüKoBGB/*Huber*, 7. Aufl. 2017, § 1628 BGB Rn. 13.

[49] OLG München, FamRZ 2008, 1103. Die Literatur folgt dem weitestgehend unkritisch, vgl. etwa MüKoBGB/*Huber*, 7. Aufl. 2017, § 1628 BGB Rn. 14; BeckOK BGB/*Veit*, 43. Ed. 15.06.2017, § 1687 BGB Rn. 16.2.

[50] BVerwG, NJW 2016, 99, 101.

besteht, da sich die Lebensverhältnisse der Kinder melderechtlich durch das Wechselmodell nicht entscheidend genug geändert haben.[51] Bei jedem weiteren Umzug sei erneut zu prüfen, ob eine Hauptwohnung nun festgestellt werden könne. Gelinge dies nicht, so bliebe stets die Wohnung desjenigen Elternteils, der nach Trennung in der alten Wohnung verblieben sei, Hauptwohnung der Kinder. Somit wird das Wechselmodell im Melderecht im Ergebnis weitgehend ignoriert, da so getan wird, als habe das Kind nur einen Lebensmittelpunkt bei einem Elternteil.

2. Reformüberlegungen

Das verwaltungstechnisch überragende Interesse des Staates an der Zuweisung einer Hauptwohnung an jeden Bürger ist anzuerkennen. Denn andernfalls ergäbe sich wohl auch eine ganze Reihe an Zuständigkeitsproblemen im Rahmen der staatlichen Aufgabenwahrnehmung für die Kinder. Insofern überzeugt die Rechtsprechung des BVerwG an diesem Punkt. Dies bringt zugleich aber auch die Erkenntnis, dass das Melderecht hier nicht geeignet ist, eine Regelung für das Wechselmodell zu treffen. Fraglich ist die Rechtsprechung des BVerwG allerdings in Bezug auf ihre familienrechtliche Implikation, es könne bei Uneinigkeit der Eltern keine Lösung gefunden werden. Die Auffassung des OLG München – und dem folgend des BVerwG – kann nämlich nicht in dieser Allgemeinheit überzeugen. Die Meldung an einem Wohnsitz kann vielfältige rechtliche Auswirkungen haben und betrifft zweifellos das Kind selbst. Insofern ist dem OLG München nicht zu folgen, wenn es lediglich eine Angelegenheit der Eltern als betroffen ansieht. Insbesondere dort, wo eine ansonsten als erhebliche Angelegenheit für das Kind anerkannte Frage wie etwa die Anmeldung zu einer Schule[52] betroffen ist, dürfte diese auf die Frage der Meldung durchschlagen müssen.[53] Hier würde die Frage der Meldung präjudiziellen Charakter haben, falls das Kind andernfalls nicht auf eine Schule gehen könnte, die ein Elternteil als für das Kindeswohl am besten qualifiziert. Allerdings dürfte die Auffassung des OLG München (und damit des BVerwG) grundsätzlich zutreffend sein, dass die Frage der Festlegung des Hauptwohnsitzes eine Dauerwirkung hat und inhaltlich den Bereich des Aufenthaltsbestimmungsrechts betrifft, weil dieses definitionsgemäß

[51] BVerwG, NJW 2016, 99, 101. So etwa auch OVG Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 01. September 2017 – OVG 5 N 14.16).

[52] Zur Schulauswahl etwa OLG Schleswig, NJW-RR 2011, 581; zum Schulwechsel OLG Naumburg, FamFR 2010, 548.

[53] A.A. wohl *Heike Hennemann*, Meldewesen, Kindergeldberechtigung und Sozialleistungen beim Wechselmodell, NZFam 2016, 825, 826.

einen Elternteil zur Bestimmung des Wohnsitzes bzw. des Wohnorts des Kindes ermächtigt.[54] Damit wäre grundsätzlich eine Entscheidung in einem Verfahren nach § 1671 BGB herbeizuführen, wobei dieses Verfahren im Falle eines bestehenden Wechselmodells durch die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf einen Elternteil dieses grundlegend in Frage stellen würde und daher im Rahmen eines solchen nicht geeignet erscheint, die Streitigkeit zwischen den Eltern über den melderechtlichen Hauptwohnsitz zu entscheiden, wenn das Wechselmodell an sich unstreitig bestehen soll.[55] Von daher kann eine Lösung eigentlich nur im Rahmen eines Verfahrens nach § 1628 BGB erfolgen. Unabhängig davon, dass die Meldung des Kindes „Dauerwirkung" hat und damit grundsätzlich nicht unter den Anwendungsbereich des § 1628 BGB fallen dürfte, sollte die Vorschrift gleichwohl anwendbar sein, soweit mit der Meldung des Kindes bestimmte rechtliche Konsequenzen verbunden sind, die wiederum selbst eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung i.S.d. § 1628 BGB betreffen. Dies wäre etwa bei der Schulwahl der Fall, soweit die Landesgesetze eine Meldung des Kindes mit seiner Hauptwohnung im Schulbezirk wirklich erfordern. Die Ermächtigung eines Elternteils zur Wahl der Schule sollte dann zugleich dahingehend erfolgen, den Hauptwohnsitz des Kindes zu bestimmen, wenn dieser Wahl nicht gewichtige andere Gründe des Kindeswohls entgegenstünden.

IV. Das Wechselmodell im Unterhaltsvorschussgesetz (UVG)

1. Die geltende Rechtslage

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 UVG hat Anspruch auf Unterhaltsvorschuss, wer im Geltungsbereich dieses Gesetzes bei einem seiner Elternteile wohnt, der geschieden oder dauerhaft von seinem Ehegatten getrennt lebt. Aus dem Tatbestandsmerkmal des Lebens „bei einem seiner Elternteile" leitet die verwaltungsgerichtliche Recht-

---

[54] MüKoBGB/*Huber*, 7. Aufl. 2017, § 1631 BGB Rn. 11; BeckOK BGB/*Veit*, 43. Ed. 15.06.2017, § 1631 BGB Rn. 10; BeckOGK/*Kerscher*, 1.10.2017, § 1631 BGB Rn. 64.

[55] Der BGH hat bisher offengelassen, ob und wie ein Wechselmodell im Rahmen eines sorgerechtlichen Verfahrens gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden kann, BGH, NJW 2017, 1815 mit krit. Anm. *Heike Hennemann*. Ein Wechselmodell dürfte aber stets die gemeinsame elterliche Sorge voraussetzen, wenngleich auch dies durch den BGH noch nicht abschließend geklärt ist. Die Anordnung eines Wechselmodells gegen den Willen eines Elternteils über ein Umgangsverfahren soll bisher „jedenfalls bei Bestehen des gemeinsamen Sorgerechts" möglich sein.

sprechung ab, dass dieser Elternteil alleinerziehend sein muss.[56] Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist dieses Tatbestandsmerkmal dem Sinn und Zweck des Unterhaltsvorschussgesetzes entsprechend nur dann erfüllt, wenn der alleinstehende leibliche Elternteil wegen des Ausfalls des anderen Elternteils die doppelte Belastung mit Erziehung und Unterhaltsgewährung in seiner Person zu tragen hat.[57]

Im Falle eines Wechselmodells ist allerdings fraglich, ob ein Elternteil noch als alleinerziehend in diesem Sinne angesehen werden kann. Erreicht der Betreuungsanteil des anderen Elternteils einen so großen Umfang, dass dieser eine wesentliche Entlastung des den Unterhaltsvorschuss beantragenden Elternteils zur Folge hat, so ist ein Unterhaltsvorschuss nicht zu gewähren. Damit sind die Verwaltungsgerichte an dieser Stelle ebenfalls zu einer Prüfung über den Umfang und die Qualität der Betreuungsanteile berufen. Das BVerwG verlangt eine umfassende Würdigung des Einzelfalles. Dabei kann die Kindergeldberechtigung ein wesentlicher Gesichtspunkt sein.[58] Ausgangspunkt ist jedoch wiederum die Prüfung der zeitlichen Betreuungsanteile, der sich eine Prüfung der qualitativen Betreuungsanteile anschließen kann. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung geht an diesem Punkt allerdings von anderen Maßstäben als der BGH aus. Sie hat sich dahingehend entwickelt, dass nicht erst ein paritätisches Wechselmodell vorliegen muss, damit von einer wesentlichen Mitbetreuung auch des anderen Elternteils und damit einer Versagung eines Anspruchs auf Unterhaltsvorschuss ausgegangen werden kann. Der zeitliche Umfang der Mitbetreuung durch den anderen Elternteil, der eine Versagung des Anspruches auf Unterhaltsvorschuss zur Folge hat, wird nicht einheitlich beurteilt. Die Rechtsprechung ist bisher noch uneinig, ab welchem zeitlichen Umfang bereits von einer wesentlichen Mitbetreuung ausgegangen werden kann. Die Spanne reicht von einem Anteil von 40%[59], 38%[60], 37%[61] bis hin zu bereits 33%[62]. Damit hat bereits ein stark erweiterter Umgang, jedenfalls aber ein paritätisches Wechselmodell für denjenigen Elternteil, der Unterhaltsvorschuss

---

[56] Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/*von Koppenfels-Spies*, Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl. München 2017, § 1 UVG Rn. 7.

[57] BVerwG, NJW 2013, 405, 407.

[58] BVerwG, NJW 2013, 405, 407.

[59] VGH München, BeckRS 2009, 38198.

[60] OVG Münster, BeckRS 2016, 40941.

[61] VG Würzburg, BeckRS 2011, 31632.

[62] VG Berlin, BeckRS 2017, 103218.

bezieht oder beantragen möchte, eine anspruchsgefährdende bzw. anspruchsausschließende Wirkung.

Es zeigt sich also auch im Unterhaltsvorschussgesetz, dass mit der Gestaltung der Betreuung eines Kindes im Wege des paritätischen Wechselmodells erhebliche finanzielle Konsequenzen für die Elternteile verbunden sein können.

2. Reformüberlegungen

Es stellt sich erneut die Frage, ob dieses Ergebnis den tatsächlichen Bedürfnissen der im paritätischen Wechselmodell lebenden Elternteile entspricht. Entscheidend ist, ob durch ein paritätisches Wechselmodell die von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung angenommene „Entlastungswirkung" wirklich eintritt oder ob diese Betreuungsform nicht vielmehr eher zu doppelten Kosten führt. So beurteilte das BVerwG das Wechselmodell, wie bereits ausgeführt, jedenfalls im Rahmen seiner Rechtsprechung zu § 40 Abs. 1 BBesG a.F.[63] Der Verlust von finanziellen Zuwendungen dürfte jedenfalls im Rahmen einer elterlichen Entscheidung über die Betreuungsform eine Erwägung sein, welche gegen ein Wechselmodell sprechen würde. Freilich dürfte dieses Kriterium nur in absoluten Ausnahmefällen einen direkten Bezug zum Kindeswohl haben.

Es überzeugt schließlich, dass sich mit dem Wechselmodell die Kosten tendenziell eher verdoppeln als halbieren. Deshalb sollte der Gesetzgeber im Unterhaltsvorschussgesetz eine eindeutige Regelung für das Wechselmodell treffen. Hierbei könnte eine Zuwendung an beide Elternteile mit jedenfalls einem Bruchteil derjenigen Leistungen stehen, die einem alleinstehenden Elternteil für das Kind gewährt werden. Eine Orientierung könnte die sozialgerichtliche Rechtsprechung zum Sozialgeld nach § 19 SGB II bieten, wo eine tagweise Aufteilung vorgenommen wird.[64] Dies stünde auch mit der derzeitigen Rechtsprechung des BGH insoweit in Einklang, weil dieser beide Elternteile im Falle eines Wechselmodells als barunterhaltspflichtig erachtet. Fallen also (ausnahmsweise) gleich beide Elternteile als Unterhaltsschuldner aus, so sollten beide einen Anspruch auf einen zumindest anteiligen Unterhaltsvorschuss haben. Diese Rechtsfolge wäre dem öffentlichen Recht auch nicht fremd. In § 5 Abs. 4 S. 1 und 2 WoGG ist bereits bei einer annähernd gleichteiligen Betreuung des Kindes

[63] BVerwG, NVwZ-RR 2014, 689.

[64] Siehe dazu sogleich V.1.a).

durch beide Elternteile vorgesehen,[65] dass beide Elternteile Anspruch auf Wohngeld haben.[66] Die Höhe des Unterhaltsvorschusses sollte sich jedoch an dem tatsächlich wohl höheren Bedarf der Elternteile im Falle des Wechselmodells orientieren, so dass eine bloße Aufteilung der derzeitigen Beträge des Unterhaltsvorschusses zu kurz greifen dürfte.

V. Das Wechselmodell im SGB II

1. Die geltende Rechtslage

a) Der Anspruch auf Sozialgeld und Unterkunft und Heizung

Bezieht ein bedürftiger Elternteil Leistungen nach dem SGB II, so bildet er gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II mit einem unverheirateten bedürftigen Kind eine sog. Bedarfsgemeinschaft, wenn dieses seinem Haushalt angehört. Für das bedürftige Kind, welches unter 15 Jahre alt ist, steht der Bedarfsgemeinschaft nach § 19 Abs. 1 S. 2 SGB II ein Anspruch auf Sozialgeld für das Kind zu. Das Sozialgeld stellt nach § 19 Abs. 1 S. 3 SGB II den Lebensbedarf des Kindes (Regelbedarf, Mehrbedarf und Bedarf für Unterkunft und Heizung) sicher. Mit Blick auf ein gelebtes Wechselmodell stellt sich die Frage, wie sich dieses auf die Berechtigung der Bedarfsgemeinschaft in Bezug auf das Sozialgeld auswirkt. Das Gesetz selbst gibt auf diese Frage keine Antwort, da das Wechselmodell – trotz entsprechender Bestrebungen in der Politik[67] – bisher keine gesetzliche Regelung erfahren hat. Die Problematik geteilter Betreuungsanteile hat jedoch über das Umgangsrecht das BSG bereits zu einigen grundlegenden Entscheidungen veranlasst, welche auch für das Wechselmodell derzeit maßgeblich sein dürften, da nicht erkennbar ist, dass diese Rechtsprechung sich auf ein bestimmtes Niveau der Betreuungsanteile beschränkt bzw. sinnvoll beschränken ließe.[68] Das BSG hatte bisher für diese Fälle

[65] Nach dem Willen des Gesetzgebers liegt die „annähernd gleiche Betreuung“ allerdings schon bei einem Anteil von einem Drittel vor, vgl. BT-Drs. 16/6543, S. 91. Die Betrachtung soll im Falle von mehreren Kindern für jedes Kind einzeln erfolgen.

[66] Die Eltern müssen in diesem Falle allerdings gemeinsam sorgeberechtigt sein, vgl. BVerwG, NJW 2017, 1491.

[67] Vgl. dazu *Stefan Treichel*, Familien- und grundsicherungsrechtliche Auswirkungen des Wechselmodells, NZFam 2016, 1128, 1130.

[68] *Heike Hennemann*, Meldewesen, Kindergeldberechtigung und Sozialleistungen beim Wechselmodell, NZFam 2016, 825, 828; *Stefan Treichel*, Familien- und grundsicherungsrechtliche Auswirkungen des Wechselmodells, NZFam 2016, 1128, 1130.

die Rechtsfigur der sog. temporären Bedarfsgemeinschaft entwickelt, nach der eine Bedarfsgemeinschaft für das Kind tagweise einen Anspruch auf Sozialgeld hat, wenn sich das Kind länger als zwölf Stunden pro Tag dort aufhält.[69] Zugleich kann das Sozialgeld aber nur einmal pro Monat insgesamt ausgezahlt werden, so dass es entweder zu einer Reduktion der Sozialgeldzahlung an den anderen SGB II-bezugsberechtigten Elternteil kommen muss (bzw. dort bestand gar kein Anspruch in der Zeit des Aufenthalts in der anderen Bedarfsgemeinschaft), wenn beide Elternteile nach dem SGB II bezugsberechtigt sind.[70] Der jeweilige Elternteil wird demnach gemäß § 38 Abs. 2 SGB II analog im Falle des Wechselmodells den Anspruch auf anteilige Auszahlung des Sozialgelds geltend machen können, wenn man die Rechtsfigur der temporären Bedarfsgemeinschaft auf das Wechselmodell anwendet.[71]

Die Rechtsprechung des BSG ist zwar anhand der klar definierten Kriterien praktisch gut handhabbar, jedoch stellt sich auch hier die Frage, ob die Aufteilung des Sozialgelds in Anbetracht der Kosten bei beiden Elternteilen sachgerecht ist. Denn es dürfte wegen der Kosten etwa für zusätzlichen Hausstand ein insgesamt größerer Bedarf bestehen, als es in einem Haushalt der Fall wäre.[72] In Bezug auf die höheren Wohnkosten durch ein zusätzliches Kinderzimmer wird die sozialrechtliche Problematik allerdings über § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II im Rahmen der „Angemessenheit" der entsprechenden Aufwendungen gelöst werden müssen. Dies hat das BSG bereits für den umgangsberechtigen, bedürftigen Elternteil angenommen, der für den Umgang zusätzlichen Wohnraum benötigt.[73] Diese Rechtsprechung dürfte auf das Wechselmodell übertragbar sein, zumal der BGH dieses nunmehr als Ausgestaltung des elterlichen Umgangs begreift.[74]

---

[69] BSG, NJW 2010, 2381, 2382.

[70] Sozialgeld wird damit nur für 30 Tage im Monat pro Kind gezahlt, BSG, FamRZ 2014, 124.

[71] Die Norm ist seit dem 01.04.2011 in Kraft und setzt die genannte Rspr. des BSG zur temporären Bedarfsgemeinschaft um, vgl. dazu BeckOK Sozialrecht/*Burkiczak*, 46. Ed. 01.09.2017, § 38 SGB II Rn. 10. Vgl. zur Übertragbarkeit *Heike Hennemann*, Meldewesen, Kindergeldberechtigung und Sozialleistungen beim Wechselmodell, NZFam 2016, 825, 828.

[72] Kritisch daher auch *Stefan Treichel*, Familien- und grundsicherungsrechtliche Auswirkungen des Wechselmodells, NZFam 2016, 1128, 1131. Die Fahrtkosten fallen nach dem BSG allerdings wohl nicht unter das Sozialgeld, da es dies bereits für die Fahrtkosten des umgangsberechtigten Elternteils so entschieden hat. Es handelte sich um Mehrbedarf des Umgangsberechtigten, vgl. BSG, FamRZ 2016, 904.

[73] BSG, FamRZ 2016, 904.

[74] *Stefan Treichel*, Familien- und grundsicherungsrechtliche Auswirkungen des Wechselmodells, NZFam 2016, 1128, 1131.

b) Der Anspruch auf Mehrbedarf wegen Alleinerziehung

Nach § 21 Abs. 3 SGB II kann ein Elternteil einen Mehrbedarf geltend machen, wenn er mit minderjährigen Kindern oder mit einem minderjährigen Kind zusammenlebt und allein für deren/dessen Pflege und Erziehung sorgt. Der Mehrbedarf erhöht den Regelbedarf des Elternteils um 36%, wenn er mit einem unter sieben Jahre alten Kind oder mit mehr als zwei älteren Kindern zusammenlebt, die aber noch unter 16 Jahre alt sind. Bei mehreren Kindern wird der Regelbedarf um 12% pro Kind erhöht, wenn sich dadurch ein höherer Wert als die 36% ergibt, wobei eine Erhöhung maximal 60% des Regelbedarfs betragen darf. Für das Wechselmodell stellt sich wiederum die Problematik, ob der Betrag von beiden Elternteilen in Anspruch genommen werden kann, ob nur ein Elternteil bezugsberechtigt ist oder ob eine Teilung des Betrags erfolgen kann. Das BSG hatte bereits Anfang 2009 entschieden, dass es im Falle eines Wechselmodells „nicht dem ‚Alles-oder-Nichts-Prinzip'" folgen werde, sondern löste die in der Literatur zuvor kontrovers diskutierte Problematik dahingehend, dass jedem Elternteil im Wege der teleologischen Reduktion der Rechtsfolgen des § 21 Abs. 3 SGB II die Hälfte des Mehrbedarfsbetrags für Alleinerziehende zusteht.[75] Das BSG erkennt aber ausdrücklich an, dass durch das wöchentliche Wechselmodell keine finanzielle Entlastung eines Elternteils zu erwarten sei, welche den Wegfall des Freibetrags rechtfertige.[76] Die Anforderungen an das Wechselmodell im sozialrechtlichen Sinn sind allerdings hoch. Zwar ist der Betrag unabhängig davon zu gewähren, ob der Elternteil personensorgeberechtigt ist, jedoch müssen schon

[75] BSG, NJW 2010, 1309, 1310.

[76] BSG, NJW 2010, 1309, 1311: „Im Hinblick auf den Zweck des Mehrbedarfs für Alleinerziehende tritt in Fällen der vorliegenden Art in derjenigen Woche, in der sich die Tochter der Kl. bei ihrem Vater aufhält, bei der Kl. keine finanzielle oder sonst wie geartete Entlastung in einem Umfang ein, dass die Zuerkennung eines Mehrbedarfs nicht gerechtfertigt wäre. Während des jeweils eine Woche umfassenden Zeitraums der Betreuung der Tochter durch die Kl. sorgt diese allein i.S. des § 21 III SGB II für deren Pflege und Erziehung. Ihr entstehen während des genannten Zeitraums in Folge der Sorge für das Kind die dem pauschalierten Mehrbedarf zu Grunde liegenden erhöhten Aufwendungen. Eine finanzielle Entlastung tritt insoweit nicht ein, weil sich die Eltern die Kosten nach der getroffenen Vereinbarung in etwa hälftig teilen. In der Betreuungswoche wirkt sich die fehlende Arbeitsteilung mit einem Partner nach wie vor erheblich aus. Die erhöhten Aufwendungen, z.B. für kostenaufwändigere Einkäufe und die Kosten der Kinderbetreuung zur Aufrechterhaltung der Außenkontakte, lassen sich in Fällen, wie dem vorliegenden, in denen sich das Kind (mindestens) eine Woche bei dem einen, die andere Woche bei dem anderen Elternteil aufhält, nicht außerhalb der Betreuungszeit im erforderlichen Umfang kompensieren." Das BSG geht aber davon aus, dass in Zeiten der Betreuung bei dem anderen Elternteil, keine erhöhten Aufwendungen entstehen, weshalb es nur den halben Freibetrag gewährt.

mindestens einwöchige Betreuungsintervalle sowie eine genau hälftige Aufteilung der Betreuungszeiten vorliegen, da andernfalls sozialrechtlich kein Wechselmodell vorliege.[77]

2. Reformüberlegungen

Es ist zu konstatieren, dass das BSG bereits Lösungen für den Umgang mit dem Wechselmodell im SGB II gefunden hat bzw. entsprechende Ansätze aus seiner Rechtsprechung zu umgangsberechtigten Elternteilen auf das Wechselmodell anwendbar sind. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers ist jedoch für die grundsätzlichen Fragen wünschenswert. Dazu gehört die vorgelagerte Frage, unter welchen Bedingungen überhaupt von einem Wechselmodell auszugehen ist, da die Kritik an der fallbeilartigen Lösung der Rechtsprechung des BSG zu dem Erfordernis der fast identischen zeitlichen Aufteilung der Betreuungsanteile im Rahmen des § 21 Abs. 3 SGB II durchaus berechtigt ist.[78] Denn mit diesen strengen Kriterien sind sowohl erhebliche Lasten für die Feststellung des Sachverhalts verbunden als auch potentielle Ungerechtigkeiten bei kleineren zeitlichen Abweichungen der Betreuungsanteile. Eine pauschalere Lösung wäre für die Praxis wünschenswert. Zudem muss sich der Gesetzgeber auch im Sozialrecht fragen lassen, ob er die Betreuung von Kindern im Wechselmodell für grundsätzlich förderungswürdig erachtet, schließlich ist dieses Betreuungsmodell sicherlich auch eine Folge der staatlichen Familienpolitik der letzten Jahre, welche auf eine Geschlechterparität der familiären Aufgabenwahrnehmung gerichtet ist.[79] Die Unterstützung der Betreuung im Wechselmodell wäre jedenfalls die denklogische Fortsetzung dieses Ansatzes. Bejahte man die Unterstützungswürdigkeit, so wäre es sinnvoll, wenn eine Regelung neben einer großzügigeren Annahme eines Wechselmodells auch mit einer etwas großzügigeren Bemessung des Sozialgeldes einherginge, um die tendenziell anfallenden

---

[77] BSG, NJW 2010, 1309, 1311. In einer neueren Entscheidung synchronisiert das BSG seine Rspr. weiter mit derjenigen des BGH, nach welcher der zeitlichen Komponente eine „wesentliche Indizwirkung" zukomme. Bei einer 40-60-Aufteilung lehnte das BSG ein Wechselmodell ab; BSG, BeckRS 2016, 68456.

[78] So etwa *Stefan Treichel*, Familien- und grundsicherungsrechtliche Auswirkungen des Wechselmodells, NZFam 2016, 1128, 1132.

[79] *Stefan Treichel*, Familien- und grundsicherungsrechtliche Auswirkungen des Wechselmodells, NZFam 2016, 1128 f.

Zusatzkosten aufzufangen.[80] Vor dem Hintergrund des Telos des § 21 Abs. 3 SGB II, der darin besteht, die geringere Beweglichkeit und zeitliche Verfügbarkeit eines Elternteils und den damit bedingten finanziellen Mehraufwendungen in pauschaler Form Rechnung zu tragen,[81] erscheint es angemessen, den Betrag nach § 21 Abs. 3 SGB II für jeden Elternteil zu gewähren. Letztlich stehen beiden Elternteilen keinerlei Synergieeffekte durch das Zusammenleben mit einem leistungsfähigen Volljährigen zur Verfügung. In der zivilrechtlichen Rechtsprechung ist zudem der wechselmodellbedingte Mehrbedarf bereits anerkannt. Zwar können wechselmodellbedingte Mehraufwendungen wie etwa die Fahrtkosten wohl schon jetzt über § 21 Abs. 6 SGB II aufgefangen werden, da das BSG bereits die Fahrtkosten für einen Umgangsberechtigen als erstattungsfähig anerkannt hat.[82] Zudem kann eine Berücksichtigung der erhöhten Wohnkosten nach § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II erfolgen. Damit sind jedoch noch nicht alle Kosten abgedeckt, die durch die Vorhaltung eines zusätzlichen Hausstands entstehen können.

VI. Sonstige Bereiche des öffentlichen Rechts

Im Folgenden sollen kurz diejenigen Bereiche des öffentlichen Rechts dargestellt werden, in denen das Wechselmodell entgegen der vielfach nicht erfolgten gesetzlichen Regelung doch Eingang in das Gesetz erfahren hat. Zudem soll noch kurz auf die Problematik des Wechselmodells bei der Feststellung der Bedürftigkeit im Rahmen der Prozess- und Verfahrenskostenhilfe hingewiesen werden, wobei eine gesetzliche Regelung hier noch aussteht.

Es ist bereits im Rahmen der obigen Ausführungen erwähnt worden, dass das Wechselmodell in § 5 Abs. 4 S. 1 und 2 WoGG praktisch bereits eine gesetzliche Regelung erfahren hat. Bei einer annähernd gleichteiligen Betreuung des Kindes durch beide Elternteile ist vorgesehen,[83] dass beide Elternteile, soweit sie sorgeberechtigt sind, einen Anspruch auf Wohngeld haben.[84]

[80] Kritisch zur derzeitigen Lösung des BSG zur Verteilung des Sozialgeldes *Heike Hennemann*, Meldewesen, Kindergeldberechtigung und Sozialleistungen beim Wechselmodell, NZFam 2016, 825, 828.

[81] Dazu ausführlich unter Rekurs auf den Gesetzgeber BSG, NJW 2010, 1309, 1311.

[82] BSG, BeckRS 2015, 65708.

[83] Nach dem Willen des Gesetzgebers liegt die „annähernd gleiche Betreuung" allerdings schon bei einem Anteil von einem Drittel vor, vgl. BT-Drs. 16/6543, S. 91. Die Betrachtung soll im Falle von mehreren Kindern für jedes Kind einzeln erfolgen.

[84] BVerwG, NJW 2017, 1491.

Eine ausdrückliche Regelung hat das Wechselmodell im Bereich der Beamtenbesoldung in § 40 Abs. 1 S. 3 und 4 BBesG erfahren. Nach § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BBesG haben Beamte, die nicht unter § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3 BBesG fallen (hier sind verheiratete, verwitwete und geschiedene Beamte, die ehegattenunterhaltspflichtig sind, genannt), einen Anspruch auf Familienzuschlag der Stufe 1, wenn sie unter anderem ein Kind nicht nur vorübergehend in ihren Haushalt aufgenommen haben. Gemäß § 40 Abs. 1 S. 3 und 4 BBesG wird der Zuschlag aber nur anteilig gewährt, wenn mehrere Zuschlagsberechtigte das Kind in ihre jeweilige Wohnung aufgenommen haben. Diese Regelung wurde durch das Siebte Besoldungsänderungsgesetz vom 03.12.2015,[85] in Kraft seit dem 01.01.2016, neu aufgenommen, da die Vorgängerregelung sich auf eine Aufteilung des Familienzuschlags für den Fall beschränkte, dass mehrere Berechtigte ein Kind in die gemeinsam bewohnte Wohnung aufgenommen haben. Das BVerwG hatte sich zuvor mit dieser Vorschrift für den Fall eines Wechselmodells befasst und war zu dem Ergebnis gekommen, dass der Familienzuschlag beiden Elternteilen voll zustehe.[86] Begründet hatte es diese Entscheidung damit, dass die durch den Familienzuschlag der Stufe 1 auszugleichende Mehrbelastung bei zwei getrennten Wohnungen eher doppelt als jeweils nur zur Hälfte anfalle. Bei der Reform verfolgte der Gesetzgeber an diesem Punkt unter dem Stichwort „Verwaltungsvereinfachung“ eine Reduktion des „Prüfaufwands der Besoldungsstellen“ – trotz der seiner Ansicht nach nur in geringer Zahl zu erwartenden Fälle (was eine gewisse Widersprüchlichkeit an diesem Punkt erzeugt).[87] Neben dem „erheblichen Verwaltungsaufwand“ führte der Gesetzgeber Wertungswidersprüche und Gleichstellungsprobleme im Verhältnis zu Verheirateten mit doppeltem Wohnsitz an. In Abkehr der Rechtsprechung des BVerwG findet seit der Reform also eine hälftige Teilung des Familienzuschlags Stufe 1 statt, wenn zwei besoldungsberechtigte Elternteile das Kind im Wege des Wechselmodells betreuen (auch im Wege eines Nestmodells, da dies schon zuvor zu einer Teilung des Zuschlags führte). Der Gesetzgeber schätzt den „kindbezogenen Mehraufwand“,[88] der durch die Betreuung des Kindes in zwei getrennten Wohnungen entsteht, im Gegensatz zum BVerwG im Ergebnis wohl also nicht als eher doppelt so groß, sondern eher halb so groß ein. Andernfalls hätte er den Wertungswiderspruch zu verheirateten Eltern mit doppeltem

[85] BGBl. 2015 Teil I, S. 2163.

[86] BVerwG, NVwZ-RR 2014, 689.

[87] BT-Drs. 18/6156, S. 23 f.

[88] BVerwG, NVwZ-RR 2014, 689.

Wohnsitz durch Verdoppelung des Zuschlags auch für diese Gruppe beheben können.

Schließlich spielt das Wechselmodell auch im Recht der Prozess- bzw. Verfahrenskostenhilfe eine Rolle. Hier fehlt es allerdings noch an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. Nach § 115 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 b) ZPO ist vom Einkommen der bedürftigen Partei ein Freibetrag in Abzug zu bringen, wenn sie einem Kind gegenüber unterhaltspflichtig ist. Betreuen die Eltern das Kind im Wechselmodell, so ist nach Auffassung des OLG Dresden trotzdem jedem der Elternteile der volle Freibetrag zu gewähren.[89] Diesem Freibetrag sind jedoch die tatsächlich erbrachten Unterhaltsleistungen nach § 115 Abs. 1 S. 8 ZPO entgegenzusetzen. Auch hier fehlt eine gesetzliche Regelung, wie dies im Wechselmodell zu geschehen hat. Ob im Rahmen des Prüfungsverfahrens deshalb hier der Rechtsprechung des BGH folgend, ein anteiliger Barunterhalt erst ermittelt und abgezogen werden muss, ob die entlastenden Betreuungsanteile des anderen Elternteils im Rahmen des § 115 Abs. 1 S. 8 ZPO als Quasiunterhalt oder sogar als eigenes Einkommen des Kindes nach § 115 Abs. 1 S. 7 ZPO monetarisiert werden müssen, ist noch offen und wird in der Literatur diskutiert.[90] Hierbei ist auch die Frage der Anrechnung des Kindergeldes nach § 115 Abs. 1 S. 7 ZPO für den Fall des Wechselmodells nicht gesetzlich geregelt. Derzeit kann das Kindergeld der oben dargestellten Rechtslage entsprechend nur bei demjenigen Elternteil berücksichtigt werden, der es im Außenverhältnis erlangt.[91]

VII. Fazit

Das Wechselmodell wirft auch in weiten und wichtigen Teilen des öffentlichen Rechts Rechtsfragen auf. Der Gesetzgeber sollte sich im Rahmen potentieller Kodifikationsbestrebungen dringend ganzheitlich mit dem Wechselmodell unter

[89] OLG Dresden, MDR 2015, 1151. In der Literatur wird die Entscheidung zugunsten einer entsprechenden Handhabe wie durch das BSG bei § 21 Abs. 3 SGB II kritisiert, vgl. *Gerhard Christl*, Wechselmodell in der Prozess- und Verfahrenskostenhilfe – Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Dresden, FamRZ 2016, 253, FamRZ 2016, 959, 961.

[90] Vgl. dazu umfassend *Gerhard Christl*, Wechselmodell in der Prozess- und Verfahrenskostenhilfe – Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Dresden, FamRZ 2016, 253, FamRZ 2016, 959 ff. m.w.N.

[91] *Gerhard Christl*, Wechselmodell in der Prozess- und Verfahrenskostenhilfe – Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Dresden, FamRZ 2016, 253, FamRZ 2016, 959, 962.

Einbezug der genannten Bereiche befassen, denn das Wechselmodell ist nicht nur ein zivilrechtliches Problem.

Dabei sollte er zunächst die grundlegende Frage beantworten, ob er das Wechselmodell rechtspolitisch unterstützen will, weil es der politischen Leitvorstellung der gleichberechtigten Teilhabe an der Verantwortungsübernahme für das Kind entspricht.[92] Bisher unterstützt der Gesetzgeber das Wechselmodell lediglich im Bereich des Wohngeldgesetzes. Im Einkommensteuerrecht, im Sozialrecht und im Beamtenbesoldungsrecht führt das Wechselmodell dazu, dass eine staatliche Vergünstigung für einen Elternteil entweder ganz entfällt (z.B. der Unterhaltsvorschuss) bzw. gar nicht zur Verfügung steht (z.B. im Einkommensteuerrecht der Entlastungsbetrag nach § 24b EStG) oder teilweise entfällt (z.B. im SGB II bezüglich des Sozialgeldes und des Mehrbedarfs nach § 21 Abs. 3 SGB II sowie des Familienzuschlags der Stufe 1 im Beamtenbesoldungsrecht nach § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BBesG im Vergleich zur alten durch die Rechtsprechung des BVerwG geprägten Rechtslage). Wollte der Gesetzgeber das Wechselmodell unterstützen, so wären Freibeträge und staatliche Leistungen eher so zu konzipieren, dass keine wirtschaftlichen Anreize der Eltern zur Verhinderung dieser Betreuungsform gesetzt werden. Denn häufig wird in der Praxis aus diesen Gründen ein Wechselmodell untergraben. Das hat dann regelmäßig negative Auswirkungen auf zivilrechtliche Streitigkeiten in Bezug auf das Kind. Neben der rechtspolitischen Entscheidung der Förderung des Wechselmodells hat der Gesetzgeber die Anschlussfrage möglichst kohärent und für die Rechtsordnung einheitlich zu beantworten, ob dieses die Belastungen der beiden (alleinerziehenden) Elternteile eher erhöht oder verringert. Während der BGH, der BFH, das BVerwG sowie mit leichten Abstrichen auch das BSG in ihren bisherigen Entscheidungen davon ausgingen, dass eher eine tendenziell gleich hohe Belastung für beide Elternteile vorliegt, die zudem noch um wechselmodellbedingte zusätzliche Belastungen angereichert wird, scheint der Gesetzgeber dies anders zu sehen. Dies wird an unterlassenen Reformen (z.B. bei § 24b EStG) ebenso deutlich wie an durchgeführten Reformen, welche die Haltung der Rechtsprechung korrigiert haben (z.B. bei § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BBesG, wobei sich der Gesetzgeber mit dieser Problematik ausweislich der Gesetzesbegründung überhaupt nicht befasst hat, sondern andere Gründe gesucht hat, um die Änderung zu rechtfertigen). Diese Wertung sollte sich dann grundsätzlich innerhalb der

[92] Die gemeinsame elterliche Sorge bezeichnete der Gesetzgeber jüngst auch für nicht miteinander verheiratete Eltern bereits ausdrücklich als „Leitbild“, vgl. BT-Drs. 17/11048, S. 12, 17, 21.

gesamten Rechtsordnung einheitlich wiederfinden. Auf die latenten Widersprüche zwischen den Rechtsgebieten ist in diesem Beitrag hingewiesen worden. Ein gutes Beispiel ist der Vergleich des Entlastungsbetrags für Alleinerziehende nach § 24b EStG, der nur einem Elternteil voll zukommt, mit dem Mehrbedarf für Alleinerziehende nach § 21 Abs. 3 SGB II, der zwischen den Eltern nach der Rechtsprechung des BSG hälftig geteilt werden muss, obwohl hinter beiden Normen derselbe Rechtsgedanke aufgrund desselben Lebenssachverhalts steht. Aus den bereits genannten Gründen überzeugt hier die Auffassung, dass sich die Kosten eher erhöhen bzw. verdoppeln. Dies entspricht auch den Erfahrungen in der Praxis.

Um eine möglichst einheitliche Bewertung durch die Rechtsordnung insgesamt zu gewährleisten, sollte das Wechselmodell grundsätzlich auch in allen Rechtsgebieten gesetzlich gleich definiert werden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Auf die leicht unterschiedlichen Definitionen des Wechselmodells durch BGH, BFH und BSG wurde hingewiesen. Zudem sind im Hinblick auf die tatsächlichen Belastungen vor allem Wertungswidersprüche zu sog. stark erweiterten Umgängen zu vermeiden.

Schließlich sollte der Gesetzgeber bei einer gesetzlichen Regelung des Wechselmodells im BGB beachten, dass er diese nicht durch unterlassene Folgeänderungen in anderen Rechtsgebieten konterkariert (z.B. im Melderecht) bzw. die Folgewirkungen überhaupt beachtet (z.B. im Recht der Prozess- bzw. Verfahrenskostenhilfe).

Obligatorische Mediation und gesetzliches Leitbild „Wechselmodell“

Der Zusammenhang zwischen gerichtlichen Erfolgsaussichten im kindschaftsrechtlichen Verfahren, Erfolgswahrscheinlichkeit von Mediationsverfahren sowie dem Deeskalationspotential eines gesetzlichen Leitbilds „Wechselmodell“[1]

Hildegund Sünderhauf[2]

---

[1] Unter „Wechselmodell“ im Sinne von *Shared Parenting* wird im Folgenden der sozialwissenschaftlichen Definition folgend ein Betreuungsarrangement verstanden, in dem getrenntlebende Eltern gleichberechtigt elterliche Verantwortung haben und die Betreuungszeit ungefähr hälftig aufteilen, das Kind jedoch mindestens zu 35% beim weniger betreuenden Elternteil lebt. Dies ist auch die australische Legaldefinition (35% der Nächte pro Jahr). Vgl. zu den internationalen Definitionen und ihrer Herleitung *Hildegund Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Wiesbaden 2013, S. 61 ff.

[2] Professorin für Familienrecht / Kinder- & Jugendhilferecht, Mediatorin (FH), Evangelische Hochschule Nürnberg.

In der Diskussion über allgemeine, dem Gerichtsverfahren vorgeschaltete obligatorische Mediation (oder gerichtlich angeordnete obligatorische Mediation) in Deutschland wird häufig auf positive Erfahrungen mit obligatorischer Mediation im Ausland verwiesen. Diese Erfahrungen müssen jedoch im Lichte des sie umgebenden rechtlichen Leitbildes gleichberechtigter und -verpflichteter elterlicher Verantwortung betrachtet werden. Das australische Mediationsmodell wird vorgestellt und die damit einhergehende Normierung eines gesetzlichen Leitbildes von *Shared Parenting* im Jahre 2006. Die rechtlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen in Australien in den Folgejahren werden dargestellt. Das rechtliche Leitbild geteilter elterlicher Verantwortung im Sinne von *Shared Parenting* („Wechselmodell“) ist Voraussetzung für erfolgversprechende obligatorische Mediation (hoch)strittiger Eltern. Unter dem bislang normierten Leitbild „Residenzmodell“ wird eine obligatorische oder angeordnete Mediation kein Deeskalationspotential entfalten können. Aus diesen Überlegungen wird konkreter gesetzgeberischer Handlungsbedarf in Deutschland abgeleitet.

I. Obligatorische Mediation

Mediation ist ein uraltes Prinzip, das schon in der Bibel überliefert ist, wo Konfliktparteien geraten wird, einen neutralen Dritten hinzuzuziehen, wenn sie ihren

Konflikt alleine nicht lösen können, bevor sie sich an die Gemeinde – heute die Justiz – wenden.[3] Vermittlung durch einen neutralen Dritten ist seitdem unter dem Begriff Mediation[4] in der Verhandlungstheorie und -praxis weiterentwickelt und verfeinert worden.[5]

1. Was ist Mediation?

Mediation ist eine Methode zur Konfliktregulierung mit Unterstützung eines unabhängigen Dritten (dem/der Mediator/in), der/die in einem strukturierten Verfahren den Verhandlungsprozess leitet.[6] Die ausdrücklich nicht-repressive Hilfestellung erfolgt dabei nicht für die Parteien, sondern durch sie.[7] Die Konfliktparteien behalten zu jeder Zeit die Souveränität und Verantwortung der Entscheidungsfindung.

Mediation ist keine Schlichtung, denn der/die Mediator/in macht keine Lösungsvorschläge. Mediation ist kein Schiedsverfahren, denn der/die Mediator/in hat nicht das letzte Wort und keine eigenen Entscheidungskompetenzen (außer, von sich aus das Verfahren abzubrechen). Mediation ist wegen der strengen Struktur und Verfahrensleitung durch den/die Mediator/in und weil auch Einzelgespräche mit den Medianten stattfinden können, mehr als Coaching/Moderation und erst recht mehr als ein Beratungsgespräch. Mediation ist kein Klärungsprozess, der der Prozessvorbereitung dient, im Gegenteil: Ein zentrales Ziel von Mediation ist es, gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden. Keinesfalls kann Mediation Therapieersatz leisten, und Mediation löst nicht die Probleme, sondern findet Regelungen, mit denen die Konfliktparteien möglichst gut leben können.

---

[3] Die Bibel, Matthäus-Evangelium 18, 15-17: *„Sündigt aber dein Bruder, so geh hin und weise ihn zurecht zwischen dir und ihm allein. [...] Hört er nicht auf dich, so nimm noch einen oder zwei zu dir, damit jede Sache durch zweier oder dreier Zeugen Mund bestätigt werde. Hört er auf die nicht, so sage es der Gemeinde.“* Übersetzung: Deutsche Bibelgesellschaft, Die Bibel nach Martin Luthers Übersetzung, Stuttgart 2017.

[4] Von engl. *to mediate* = vermitteln.

[5] Die Grundlagen sind in der Verhandlungstheorie der 1970er Jahre, insbesondere der Harvard Law School gelegt worden, vgl. *Roger Fisher/William Ury/Bruce M. Patton*, Das Harvard Konzept, 25. Aufl. Frankfurt a.M./New York 2015 (1. Aufl. 1981: Getting to yes).

[6] Einen klassischen Überblick zu „Mediation“ als Konfliktlösungsmethode bieten *Stephen B. Goldberg/Eric D. Green/Frank E.A. Sander*, Dispute Resolution, Boston/Toronto/London 1985, S. 91-147.

[7] *William E. Simkin*, Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining, Washington D.C. 1971, S. 358.

2. Kinder in der Mediation

Kinder werden in das Mediationsverfahren in der Regel nicht direkt mit einbezogen, selbst dann nicht, wenn sie im Zentrum des Mediationsprozesses stehen. Im Ausnahmefall können sie zu einer konkreten Frage altersangemessen angehört werden.[8] In Australien gibt es jedoch Ansätze, auch Kinder und Jugendliche zu beteiligen.[9]

3. Argumente für die Einführung obligatorischer Mediation im kindschaftsrechtlichen Verfahren

Vieles spricht für Mediation als Alternative zum herkömmlichen Justizweg:

- Eltern sind die „Experten für ihr Kind". Sie kennen ihre Lebenssituation und Bedürfnisse und die ihrer Kinder besser als jeder andere. Im justiziellen Verfahren werden Eltern viel zu schnell aus ihrer Verantwortung entlassen.
- Es stärkt das Elternrecht im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, wenn Eltern auch im Trennungsprozess und der Zeit danach verantwortlich für die Entscheidungen über „Pflege und Erziehung" ihrer Kinder bleiben.
- Eltern, die sich anlässlich von Trennung/Scheidung über elterliche Sorge und Betreuungsmodalitäten streiten, haben keine juristischen Probleme, sondern sozio-emotionale Schwierigkeiten und Kommunikationsprobleme. Das Familiengericht ist für deren Lösung nicht der geeignete Ort.
- Anwält/e/innen verschärfen oftmals den Konflikt. Natürlich gibt es Anwält/e/innen, die deeskalierend arbeiten und die Kinder nicht aus dem Blick verlieren, die es nicht nötig haben, durch Streitbewirtschaftung im Familienkonflikt Geld zu verdienen. Es gibt aber auch viele andere und das Mandat der Anwaltschaft ist nun einmal einseitig den Parteiinteressen verpflichtet – und nicht den Interessen der betroffenen Kinder.
- Durch Mediation können – im Gegensatz zum kontradiktorischen Gerichtsverfahren – Eskalationsspiralen vermieden werden.

[8] *Heiner Krabbe/Cornelia S. Thomsen*, Familien-Mediation und Kinder: Grundlagen – Methodik – Techniken, 4. Aufl. Köln 2017.

[9] *Felicity Bell/Judith Cashmore/Patrick Parkinson/Judi Single*, Choosing Child-Inclusive Mediation, Sydney Law School Research Paper No. 2014/53 = Australasian Dispute Resolution Journal 2012, Vol. 23, 253-264.

- Mediation ist deutlich schneller und weniger kostenintensiv als ein Gerichtsverfahren, das sich durch mehrere Instanzen über Jahre hinziehen kann. Jede außergerichtliche Einigung von Eltern auf die Modalitäten des Getrennterziehens führt zu einer gravierenden Entlastung der Justiz.
- Ausgehandelte Regelungen erfahren bei den Betroffenen eine höhere Akzeptanz und funktionieren nachhaltiger als gerichtliche Beschlüsse und Anordnungen, die häufig ignoriert werden.
- Jedes vermiedene kindschaftsrechtliche Verfahren entlastet die betroffenen Kinder und ihre Eltern: emotional, seelisch, finanziell und sozial.

4. Voraussetzungen für erfolgreiche Mediation

Mediation kann ein sehr wirkmächtiges, erfolgreiches Instrumentarium zur Konfliktregulierung sein. Mediation ist aber kein Wundermittel und kann nur unter geeigneten Voraussetzungen und Rahmenbedingungen gelingen. Folgende Gegebenheiten werden in der Mediationstheorie als Voraussetzungen genannt:

a) Machtgleichgewicht zwischen den Parteien

Zwischen den Parteien muss ein ungefähres Machtgleichgewicht herrschen. Kleinere Machtunterschiede kann der/die Mediator/in ausgleichen, insbesondere unterschiedliche ökonomische Ressourcen und Unterschiede im Informationsstand. Im kindschaftsrechtlichen Verfahren (elterliche Sorge, Umgangsrecht), aber auch in Unterhaltsfragen ist das Gesetz geschlechtsneutral formuliert und ein Machtgleichgewicht nach geltendem Recht gegeben. In der Praxis sind jedoch Zweifel am Machtgleichgewicht angebracht, weil die Rechtsprechung z.B. aufgrund des sog. Kontinuitätsprinzips in Fragen der Betreuung häufig zugunsten von Müttern entscheidet. Diese Praxis ist grundsätzlich in Frage zu stellen, da die „Familie nach der Familie“[10] ohnehin eine Re-Organisation erfährt und die Tatsache, dass häufig Mütter die überwiegende Betreuung in den ersten Lebensjahren übernehmen, nicht bedeuten muss, dass sie auch in den späteren Entwicklungsphasen für Kinder die bessere oder wichtigere Betreuungs- und Bezugsperson sind.

---

[10] So der Titel des Buches von *Wassilios Fthenakis*, Die Familie nach der Familie: Wissen und Hilfen bei Elterntrennung und neuen Beziehungen, München 2008.

b) Rechtliche Gestaltungsautonomie der Parteien

In der Mediation können nur Themen verhandelt und verbindlich geregelt werden, über welche die Parteien rechtliche Gestaltungsautonomie besitzen. Im Kindschaftsrecht wird dies bei der elterlichen Sorge durch das Kindeswohl und die damit verbundene begrenzte Verfügbarkeit elterlicher Sorge rechtlich beschränkt, und das Familiengericht hat ggf. das letzte Wort. Wenn Eltern übereinstimmend Vereinbarungen treffen, werden diese aber auch im Sorgerecht nur in Ausnahmefällen, bei Kindeswohlgefährdung, an Grenzen stoßen. In konkreten sorgerechtlichen Fragen, in Fragen des Umgangsrechts und in Unterhaltsfragen ist die Regelungsautonomie hingegen weitgehend unproblematisch.

c) Neutralität, Allparteilichkeit und Prozesstransparenz

Der/die Mediator/in muss neutral sein, d.h. persönlich, strukturell und finanziell unabhängig. Er/sie sollte die Konfliktparteien nicht aus anderen Kontexten persönlich kennen und nicht durch Verbandszugehörigkeit befangen sein. Er/sie muss unabhängig gegenüber den anderen Protagonisten des Familienrechts sein (insbesondere gegenüber dem Familiengericht!) und zwar inhaltlich, strukturell und wirtschaftlich. Insofern darf er/sie nicht von der Wiederbeauftragung des Gerichts abhängig sein, weshalb die Wahlfreiheit der Eltern, an wen sie sich in der Mediation wenden, immer gesichert sein muss.

Der/die Mediator/in versteht sich als allparteilich in dem Sinne, dass er/sie beide Seiten unterstützt und – das ist bei kindschaftsrechtlichen Themen wichtig – auch die Seite der betroffenen Kinder im Auge behält.

Zum Selbstverständnis der Mediation gehört Transparenz, also dass jede Seite erfährt, welche Kommunikation mit der Gegenseite stattgefunden hat (was bei Einzelgesprächen ein sensibles Thema ist). Alle Dokumente, alle Informationen werden mit jeder Prozesspartei geteilt. Transparenz gilt auch für die Weitergabe von Informationen an das Familiengericht oder andere Dritte.

d) Kompromisswilligkeit

Da die Konfliktparteien überwiegend kontradiktorische Ziele verfolgen, wird eine Konfliktregulierung nur möglich sein, wenn sie bereit sind, Kompromisse einzugehen. In Fällen echter „Hochstrittigkeit“ wird dies nicht der Fall sein, denn diese Konfliktpartner riskieren lieber den eigenen „Untergang“, als dass sie dem

anderen Elternteil einen Schritt entgegenkommen.[11] Nicht alle Paare, die heftig streiten, sind jedoch „hochstrittig“. Häufig wird „Hochstrittigkeit“ als Prozessstrategie eingesetzt:[12] Mitunter werden zu Lasten der Kinder und beschuldigter Elternteile Konflikte erst provoziert, um hinterher zu argumentieren, man müsste die Kinder vor eben diesen Konflikten schützen, und rechtfertigt damit den Ausschluss des anderen Elternteils aus der elterlichen Verantwortung. Die Rechtsprechung, die weitgehende „Konfliktfreiheit“ als Voraussetzung für gerichtlich angeordnete Betreuung im Wechselmodell postuliert[13], liefert dieser Prozesstaktik und der entsprechenden Beratungspraxis eine Steilvorlage. Der Anteil an Trennungspaaren mit „hochstrittigem“ Konfliktverlauf beträgt nach Schätzungen in Deutschland ca. 5%.[14] Das bedeutet im Umkehrschluss, dass 95% der Trennungspaare nicht hochstrittig sind und damit zugänglich für obligatorische Mediation.

e) Verbindlichkeit des Verhandlungsergebnisses

Mediation soll mit einer verbindlichen Vereinbarung enden. Ein „Schön, dass wir mal darüber geredet haben“ wäre kein befriedigendes Ziel. Wenn Mediation scheitert, muss der Weg in die Justiz offenstehen. Eine der Stärken von Mediation ist, dass die Parteien die Regelung selbst und freiwillig als für sie verbindlich erklären und daher in der Regel diese anerkennen und bereit sind, sich daran zu halten.

[11] „Hochstrittigkeit“ ist in der Literatur definiert, vgl. *Alicia M. Homrich/Michelle Muenzenmeyer-Glover/Alice Blackwell-White*, Program Profile. The Court Care Center for Divorcing Families, Family Court Review, 2004, Vol. 41(4), 141-161; *Uli Alberstötter,* Hocheskalierte Elternkonflikte – professionelles Handeln zwischen Hilfe und Kontrolle, Kind-Prax 2004, 90-99; *ders.*, Wenn Eltern Krieg gegeneinander führen, in: Matthias Weber/Herbert Schilling (Hrsg.), Eskalierte Elternkonflikte. Beratungsarbeit im Interesse des Kindes bei hoch strittigen Trennungen, Weinheim 2006, 29-51; *ders.*, Kooperation als Haltung und Strategie bei hoch strittigen Elternkonflikten, in: Matthias Weber/Herbert Schilling (Hrsg.), Eskalierte Elternkonflikte. Beratungsarbeit im Interesse des Kindes bei hoch strittigen Trennungen, Weinheim 2006, 177-198; *Sabine Walper/Jörg Fichtner/Katrin Normann*, Hochkonflikthafte Trennungsfamilien. Forschungsergebnisse, Praxiserfahrungen und Hilfen für Scheidungseltern und ihre Kinder, 2. Aufl. Weinheim/Basel 2013. Zur Frage, ob „Hochstrittigkeit“ als **pathologisch** angesehen werden kann, vgl. *Hildegund Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis (Fn. 1), S. 118 f. m.w.N.

[12] *Hildegund Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis (Fn. 1), S. 116 ff.

[13] BGH, NJW 2017, 1815.

[14] *Peter Dietrich/Stephanie Paul*, Hochstrittige Elternsysteme im Kontext Trennung und Scheidung, in: Matthias Weber/Herbert Schilling (Hrsg.) (Fn. 11), 13-28.

f) Vorliegen einer Sackgassensituation

Auch wenn es grundsätzlich hilfreich ist, im Konfliktfall so früh wie möglich Beratung und Unterstützung hinzuzuziehen, ist Mediation häufig erst sinnvoll, wenn die Parteien sich bereits in einer Sackgasse erleben. Solange eine Partei (oder beide) glaubt, im konfrontativen Verfahren vor Gericht ihre Interessen durchsetzen zu können, besteht kein Anlass, Kompromisse zu suchen. Nur wenn an der eigenen Sieg-Option Zweifel bestehen, werden Verhandlungen interessant. Hierbei spielen die besten Alternativen zu einer in der Mediation ausgehandelten Einigung eine zentrale Rolle.

5. Best Alternatives to Negotiated Agreement (B.A.T.N.A.)

Die Parteien müssen ihre „besten Alternativen zu einer ausgehandelten Einigung" (kurz „BATNA") kennen und einschätzen können. Deshalb ist es in der Regel ratsam, vor oder während der Mediation Rechtsrat einzuholen. Für die Durchsetzungswahrscheinlichkeit sind

(1.) die ökonomischen und rechtlichen Rahmenbedingungen und gesetzlichen Leitbilder,

(2.) die gesellschaftlichen Normen und Vorbilder und

(3.) die individuelle Ausgangssituation

maßgeblich.

Bezogen auf das kindschaftsrechtliche Verfahren bedeutet das konkret:

- Wenn ein Elternteil (in der Regel die Mutter) aufgrund der herrschenden Rechtsprechung damit rechnen kann, dass das Kind nach Trennung oder Scheidung seinen Lebensmittelpunkt bei ihm haben wird, gibt es wenig Anlass, darüber zu verhandeln.
- Wenn Eltern damit rechnen können, dass eine gerichtliche Umgangsregelung auf „alle 14 Tage am Wochenende und die Hälfte der Ferien" hinauslaufen wird, gibt es keinen Anlass, dies im außergerichtlichen Verfahren anders zu diskutieren.

- Wenn Familien das Signal erhalten, dass es partnerschaftliche Betreuung im Sinne von *Shared Parenting* vor Gericht nur gibt, wenn beide Eltern dies wollen oder sie zumindest ganz hervorragend kommunizieren und kooperieren (so die aktuelle Rechtsprechung des BGH[15]), dann wird ein dies ablehnender Elternteil möglichst viel Konflikt provozieren, um seine Position durchzusetzen – wozu sollte er/sie einer Mediation zustimmen?
- Wo es umgekehrt aber gesellschaftlich verpönt ist, seinen Trennungsärger und die Trennungsfrustration auf dem Rücken der Kinder auszuleben, sind Eltern motiviert, sich außergerichtlich im Sinne von *Shared Parenting* zu einigen und individuelle Betreuungslösungen zu finden.
- Wenn keine wirtschaftlichen Anreize gesetzt werden, die Erziehung auch im Getrenntleben partnerschaftlich zu teilen, sondern das Gegenteil der Fall ist (wie derzeit im Unterhalts-, Steuer-, Rentenversorgungs-, Beamtenbesoldungs- und Sozialrecht, aber auch bei der Vergabe von Kita-Plätzen, öffentlich gefördertem Wohnraum u.v.m.), wird mindestens ein Elternteil motiviert, lieber „Alleinerziehender“ zu bleiben.
- Nur wenn beide Eltern dasselbe wirtschaftliche Risiko eines Gerichtsverfahrens tragen, wird außergerichtliche Einigung auch finanziell interessant. Das Gegenteil ist der Fall, wenn ein Elternteil Verfahrenskostenhilfe (VkH) erhält und der andere seine/n Rechtsanwalt/anwältin und die Gerichtskosten zahlen muss oder wenn beide Eltern VkH erhalten, was häufig der Fall ist. Hier kann ein Elternteil (oder beide) unbekümmert und ohne eigenes wirtschaftliches Risiko einen Prozess nach dem anderen riskieren.
- Wo die „Streitbewirtschaftungsindustrie“ an Sorgerechtsstreits und Umgangskonflikten gut verdient, (Rechtsanwält/e/innen, psychologische Sachverständige, Verfahrensbeistände, Berater/innen u.a.) gibt es aus dieser Sphäre Widerstände gegen obligatorische Mediation.

Natürlich gibt es auch Eltern, an deren Vernunft der/die Mediator/in appellieren kann, die eine hohe intrinsische Motivation haben, sich außergerichtlich zu einigen oder die trotzdem in der Mediation, z.B. durch Erweiterung der Verhandlungsfelder (indem z.B. finanzielle Fragen mit Betreuungszugeständnissen gekoppelt werden), zu einer Lösung kommen. Aber die Mehrheit streitender Eltern wird man

[15] BGH, NJW 2017, 1815.

ohne eine Neujustierung des rechtlichen Rahmens für getrennt erziehende Eltern mit obligatorischer Mediation nicht erreichen können.

Daraus folgt, dass das herrschende gesetzliche Leitbild des Residenzmodells, welches in der Praxis häufig eine alleinerziehende Mutter und einen Unterhalt zahlenden Vater mit Besucherstatus bedeutet, nicht geeignet ist, die Bereitschaft zu fördern, sich in einer Mediation über elterliche Sorge und Umgangsrecht zu einigen. Gleichberechtigte und -verpflichtete Elternschaft, als grundsätzliche Annahme, dass Mutter und Vater gleichermaßen für die ökonomischen Existenzgrundlagen der Familie, wie für die Betreuung und Erziehung ihrer Kinder Verantwortung tragen (shared parental responsibility), muss rechtliches und gesellschaftliches Leitbild sein, wenn obligatorische Mediation als Befriedungsinstrument erfolgreich eingeführt werden soll.

II. Erfahrungen aus Australien[16]

Familien haben überwiegend Beziehungsprobleme, nicht rechtliche Probleme.[17] Trotzdem wenden sich Eltern, die um elterliche Sorge und Umgangsrecht streiten, an Rechtsanwält/e/innen und an das Gericht. Australien sollte eine gerichtsferne, niedrigschwellige Anlaufstelle für Familien(-rechts)probleme bekommen. Eine Studie von 2001 hatte ergeben, dass 36% der Kinder getrenntlebender Eltern im zurückliegenden Jahr ihren Vater nicht gesehen hatten und weitere 17% hatten ihren Vater nur tagsüber getroffen, ohne bei ihm zu übernachten.[18] Eine Befragung von über 1.700 Eltern ergab 2003, dass nicht primär gleiche Betreuungszeitanteile (equal time), sondern gleiche elterliche Verantwortung (equal parental responsibility) das Reformziel sein müsste;[19] 2006 wurde daher eine grundlegende Familienrechtsreform vollzogen, mit dem Ziel,

[16] Vgl. *Hildegund Sünderhauf*, Von der Pflicht, sich zu einigen, ZKM 2018, 17 ff.
Die Autorin hat 2014/15 anlässlich eines Forschungsaufenthalts in Australien dort Theorie und Praxis obligatorischer Mediation studiert. Besonderer Dank gilt der Evangelischen Hochschule Nürnberg für die sachliche und finanzielle Unterstützung im Rahmen dieses Forschungssemesters.

[17] *Patrick Parkinson*, Keeping in Contact: The Role of Family Relationship Centres in Australia, Child & Family Law Quarterly, 2006, Vol. 18, 157–174, zitiert nach: Sydney Law School Research Paper No. 08/51 (May 2008) (http://ssrn.com/abstract=1128044).

[18] *Patrick Parkinson*, Keeping in Contact (Fn. 17), S. 4 f. (Fn. 14, 17).

[19] *Patrick Parkinson*, Keeping in Contact (Fn. 17), S. 5 (Fn. 22).

„langfristig einen kulturellen Wandel hinsichtlich des Weges zur Lösung elterlicher Betreuungsarrangements nach einer Trennung zu bewirken. Die Notwendigkeit eines kulturellen Wandels ergibt sich aus dem derzeitigen Verständnis der Rechtsanwälte als der Profession, an die man sich in solchen Konfliktfällen wendet.“[20]

1. Die Kindschaftsrechtsreform in Australien (2006)

Ziel der Reform war, der Entfremdung zwischen Kindern und dem nicht überwiegend betreuenden Elternteil durch die Förderung außergerichtlicher Lösungen und die Anpassung des gerichtlichen Verfahrens entgegenzuwirken.[21] Folgende Meilensteine operationalisieren dieses Reformziel:

- Einführung von ***Shared Parenting* als rechtlichem Leitbild** (Definition: Jeder Elternteil betreut mindestens 35% der Nächte im Jahr) im Sinne einer widerlegbaren gesetzlichen Vermutung;
- **65 *Family Relationship Centres*** (FRC) sollten bis 2008 aufgebaut werden, das entspricht einem FRC pro ca. 300.000 Einwohner/innen. FRC sind niedrigschwellige, mit interdisziplinären Fachkräften[22] besetzte Beratungsstellen für Fragen im Kontext von Trennung/Scheidung, elterlicher Sorge, Eltern-Kind-Kontakten, Großeltern-Enkel-Kontakten und Paarproblemen.[23] Ihre Einführung flankierten PR- und Aufklärungskampagnen. Die FRC Büros sind sog. shop-front-offices, d.h. nicht in Hinterhöfen von Verwaltungsgebäuden versteckt, sondern an Hauptstraßen und in Shoppingcentern gelegen, so dass jede/r weiß, wohin er/sie sich wenden kann.
- Einführung **obligatorischer Mediation**, d.h. keine direkte Zulässigkeit eines kindschaftsrechtlichen gerichtlichen Verfahrens (Ausnahmen: Fälle erwiesener häuslicher Gewalt), wobei auch für das Mediationsverfahren das Leitbild von *Shared Parenting* gilt. Die Mediation war anfangs kostenfrei, heute wird ein geringer, einkommensabhängiger Beitrag verlangt und wird

---

[20] *Patrick Parkinson*, Keeping in Contact (Fn. 17), S. 8: „*to achieve a long-term cultural change in the pathways people take to resolve disputes about parenting arrangements after separation. The need for a cultural change is because at present lawyers are understood to be the professionals to whom one must turn in the event of such conflicts.*“

[21] *Patrick Parkinson*, Keeping in Contact (Fn. 17).

[22] Juristen/innen, Psychologen/innen, Sozialpädagogen/innen, Pädagogen/innen.

[23] Informationen unter: www.familyrelationships.gov.au.

in den FRC angeboten (vgl. Abb. 1). Die Mediation wird stets als Co-Mediation mit einer Mediatorin und einem Mediator durchgeführt. Kinder werden an der Mediation in der Regel nicht beteiligt (s.o. I.2.).

- Das Netz für betreute Umgangskontakte wurde ausgebaut (*supervised contact centres*) und
- effektivere Regularien für die Durchsetzung gerichtlicher Anordnungen geschaffen.

Die Aufgaben der FRC sind insbesondere:

(1.) Stärkung intakter Beziehungen und Familien durch Information, Empfehlungen und Angebote,

(2.) Unterstützung von Eltern in Trennungssituationen durch Seminarangebote (z.B. „Kids in Focus"-Kurse) und individuelle Beratung sowie Mediation,

(3.) Konfliktlösungshilfe bei Konflikten über bereits bestehende Betreuungsarrangements,

(4.) Unterstützung von Großeltern bei Familienkonflikten und

(5.) Beratung und Hilfe bei Unterhaltsfragen.[24]

Die FRC sind voll staatlich finanziert, arbeiten nach festgelegten Handlungsrichtlinien, werden in freier Trägerschaft, aber mit einem einheitlichen äußeren Erscheinungsbild (corporate design) geführt. Die FRC veröffentlichen Broschüren u.a. Publikationen (in 16 verschiedenen Sprachen), haben einen ansprechenden interaktiven Internetauftritt und betreiben eine telefonische Hotline für Familien in Konfliktsituationen. Vor Ort werden Einzelberatung und Gruppen zu verschiedensten Themen angeboten, betreute Umgangskontakte begleitet, Familienberatung und Mediation angeboten, insbesondere Eltern bei der Erstellung eines Betreuungsplans unterstützt sowie Angebote für Kinder, deren Eltern sich trennen oder getrennt leben, durchgeführt. Außerdem verweisen die FRC an andere weiterführende Hilfen (z.B. bei Suchtproblemen, Überschuldung, häuslicher Gewalt und sozialrechtlichen Fragen).

[24] *Patrick Parkinson,* Keeping in Contact (Fn.17), S. 12.

2. Familienmediation im FRC in Australien

Das Konfliktlösungsverfahren im FRC lässt sich in fünf Abschnitte unterteilen: Kontaktaufnahme, Beratungsgespräche, Elternschulung, Mediation, Fortgang/Nachbetreuung (Abb. 1).

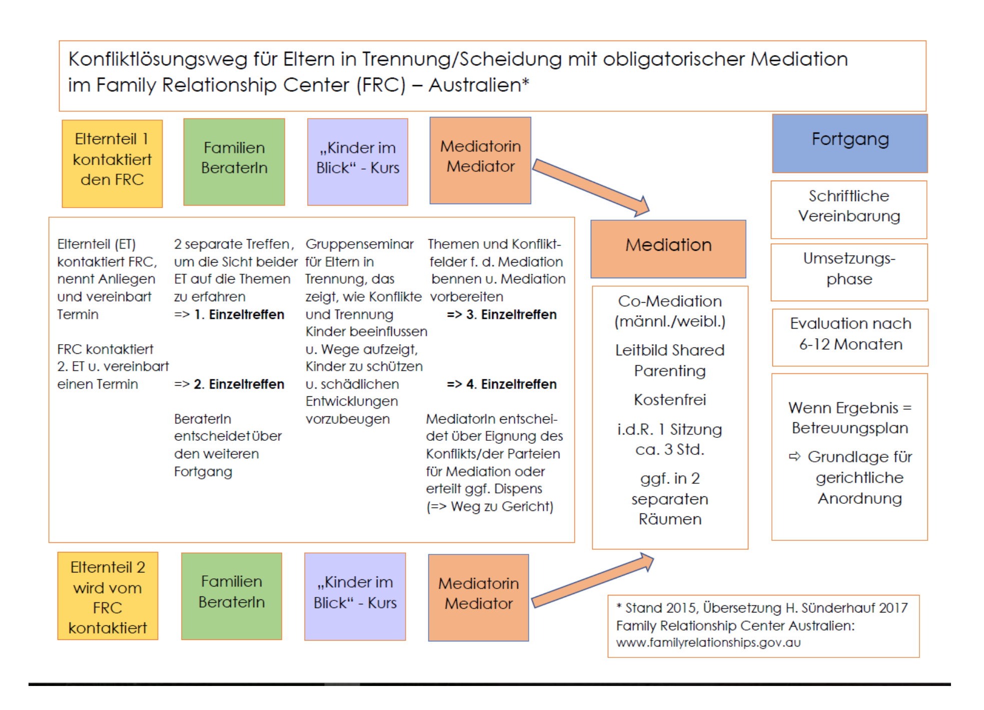


Abb.1
Konfliktlösungsweg für Eltern in Trennung/Scheidung mit obligatorischer Mediation im FRC – Australien

(1.) Kontaktaufnahme

Die Initiative geht von einem Elternteil (oder beiden) aus. Dieser kontaktiert den FRC, trägt sein Anliegen vor und vereinbart einen Termin. Ein/e Familienberater/in kontaktiert den anderen Elternteil und vereinbart mit diesem ebenfalls einen Termin.

(2.) Erstgespräch mit einem/einer Familienberater/in

Die beiden ersten Treffen sind separat, damit der/die Berater/in die Sicht beider Eltern aus deren Perspektive kennenlernen kann. Danach entscheidet der/die Berater/in über den weiteren Fortgang.

(3.) „Kids in Focus"-Kurs
Wenn Mediation in Frage kommt, werden beide Eltern zunächst verpflichtend in eine Elternschulung geschickt, ein Gruppenseminar („Kids in Focus", das mit dem in Deutschland verbreiteten Kurs „Kinder im Blick" vergleichbar ist). Mutter und Vater besuchen getrennte Kurse, jeweils mit Müttern und Vätern in Trennungssituationen.

(4.) Mediation
Der/die Mediator/in führt mit jedem Elternteil ein vorbereitendes Einzelgespräch, um die Konfliktfelder zu benennen und Informationen für den eigentlichen Mediationstermin zu bekommen. Die eigentliche Mediation findet in einer einzigen Sitzung statt, für die 3-4 Stunden angesetzt werden. Die Mediation wird mit gemischtgeschlechtlichen Teams durchgeführt. Sollte sich ein Elternteil (oder beide) weigern, mit dem anderen in einem Raum zusammen zu sitzen, kann in zwei Räumen gearbeitet werden. Die Mediation endet, wenn eine Regelung gefunden wurde oder wenn eine Konfliktpartei oder der/die Mediator/in die Sitzung abbricht.

(5.) Umsetzungsphase oder Fortgang eines Verfahrens
Die von den Eltern getroffene Vereinbarung wird verschriftlicht. Die Regelung wird umgesetzt (Umsetzungsphase) und erprobt (Erprobungsphase) und nach 6 bis 12 Monaten ein erneutes Treffen vereinbart, um die Erfahrungen zu evaluieren und die Regelung ggf. anzupassen. Ist das Ergebnis ein konkreter Betreuungsplan, so kann dieser ggf. im Rahmen des Scheidungsverfahrens gerichtlich protokolliert werden.

3. Gesellschaft und Justiz nach der Kindschaftsrechtsreform

Die Reform vor über zehn Jahren hat Justiz und Gesellschaft in Australien gründlich gewandelt.[25]

[25] *Patrick Parkinson*, The Idea of Family Relationship Centres in Australia, Family Court Review, 2013, Vol. 51, 195-213, zitiert nach: Sydney Law School Research Paper No. 14/52 (May 2014) (http://ssrn.com/abstract=2438498); *Lawrie Moloney/Lixia Qu/Ruth Weston*, Evaluating the Work of Australia´s Family Relationship Centres: Evidence from the first 5 Years, Family Court Review, 2013, Vol. 51, 234-249.

a) Rückgang kindschaftsrechtlicher Gerichtsverfahren

Fünf Jahre nach der Einführung der FRC, der Formulierung des rechtlichen Leitbildes von *Shared Parenting* und der Einführung obligatorischer Mediation sind die kindschaftsrechtlichen Gerichtsverfahren um rund ein Drittel (32%) zurückgegangen.[26] Die Anzahl der Eltern, die Mediation im FRC in Anspruch nehmen, ist innerhalb von drei Jahren auf 73% gestiegen. Die Prozentzahl derjenigen Eltern, die gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen müssen, ist gegenläufig von 40% vor der Reform auf 29% nach der Reform gesunken.[27]

Dadurch werden erhebliche finanzielle Ressourcen eingespart, denn eine Streitbeilegung im FRC kostet im Durchschnitt 1.400 AUD, eine im Familiengericht 8.817 AUD[28] – danach ist obligatorische Mediation sogar ein „Sparmodell".

b) Gesellschaftliche Akzeptanz

Die FRC genießen eine sehr hohe gesellschaftliche Akzeptanz. Die gesellschaftliche Zustimmung zu *Shared Parenting* als Leitbild getrennt erziehender Elternschaft ist evident angestiegen. In der Praxis hat *Shared Parenting*-Betreuung stark zugenommen (obschon die geografischen Gegebenheiten in Australien *Shared Parenting* bei Getrennterziehenden häufig limitieren). 2009 wurden insgesamt 16% der Kinder in *Shared Parenting* betreut, wobei in diese Zahl auch die „Altfälle" von vor der Reform einfließen.[29] Von den Eltern, die sich nach der Reform getrennt haben, wählten 25% *Shared Parenting*.[30]

III. Die Situation in Deutschland

1. Rechtliche und gesellschaftliche Lage

Die rechtliche Lage hinkt der gesellschaftlichen Entwicklung in Deutschland hinterher.

---

[26] *Patrick Parkinson,* The Idea of Family Relationship Centres in Australia (Fn. 25), S. 28.

[27] *Rae Kaspiev et al.*, Evaluation of the 2006 Family Law Reforms, Australian Institute of Family Studies, Melbourne 2009, S. 50.

[28] *Patrick Parkinson*, The Idea of Family Relationship Centres in Australia (Fn. 25), S. 29.

[29] *Rae Kaspiev et al.*, Evaluation of the 2006 Family Law Reforms (Fn. 27), S. 119.

[30] *Judith Cashmore et al.*, Shared Care Parenting Arrangements since the 2006 Family Law Reforms: Report to the Australian Government Attorney-General´s Department Sydney, Social Policy Research Centre, Univ. of New South Wales 2010.

a) Das Betreuungsleitbild in der Rechtsprechung

Seit 20 Jahren ist die gemeinsame (rechtliche) elterliche Sorge der Regelfall in Deutschland. Von Eltern, die geschieden werden, bleiben 96% in der gemeinsamen elterlichen Sorge.[31] Dies sagt jedoch nichts über die tatsächliche Betreuungsübernahme aus. So geht die herrschende Gerichtspraxis immer noch von der Grundannahme eines Residenzmodells aus, wobei der Lebensmittelpunkt meist bei der Mutter liegt. Die Umgangszeiten haben sich im Laufe der Jahre zwar ausgedehnt und erreichen heute häufig einen quantitativen Anteil von knapp einem Drittel (was nach sozialwissenschaftlicher Definition ein Wechselmodell mit asymmetrischer Betreuungszeitverteilung ist, in der Rechtspraxis aber häufig als Residenzmodell mit erweitertem Umgang bezeichnet wird).

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) sieht keine explizite gerichtliche Anordnungsmöglichkeit einer paritätischen Betreuung vor, weshalb in der Vergangenheit viele Oberlandesgerichte (OLG) eine gerichtliche Anordnung einer paritätischen, gleichberechtigten Betreuung abgelehnt haben.[32] Der BGH hat jedoch in einer Entscheidung vom Februar 2017 klargestellt, dass die Anordnungsmöglichkeit besteht, wenn eine paritätische Betreuung dem Kindeswohl (unter Berücksichtigung des Kindeswillens) im konkreten Fall am ehesten entspricht.[33]

b) Rechtliche Einigungs- und Toleranzpflicht

Eigentlich steht schon alles im BGB: Gemäß § 1627 BGB haben die sorgeberechtigen Eltern die Verantwortung, in gegenseitigem Einvernehmen die Belange des Kindes zu regeln (S. 1) und:

> „Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie versuchen, sich zu einigen.“ (S. 2).

§ 1684 Abs. 2 S. 1 BGB lautet:

> „Die Eltern haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert.“

[31] *Statistisches Bundesamt* 2015 (https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/zdw/2015/PD15_020_p002.html).

[32] Zuletzt OLG Nürnberg, FamRZ 2016, 2119.

[33] BGH, NJW 2017, 1815.

Dies bleibt jedoch meist ein frommer Wunsch. Die Nicht-Einigung, auch wenn sie einseitig von einem Elternteil provoziert wird, hat in der Regel keine negativen Folgen für dessen kindschaftsrechtliche oder unterhaltsrechtliche Position. Die Annahme, „zum Streiten gehören immer zwei“, ist dabei häufig unzutreffend, wenn ein Elternteil (sei es aus Rache am anderen Elternteil oder aus prozesstaktischen Gründen) einseitig Konflikte nachhaltig provoziert, schürt und aufrechterhält, wenn er/sie z.B. das Kind vom anderen Elternteil willkürlich fernhält oder gegen diesen aufhetzt oder manipuliert (s.o. I.4.d). An diese Verletzungen der Einigungs- und Toleranzpflicht muss die Rechtsprechung Konsequenzen knüpfen, denn zur Erziehungsfähigkeit und zu kindeswohlzentriertem Handeln gehört es auch, sich mit dem anderen Elternteil zu arrangieren und die Bindung des Kindes an ihn oder sie nicht nur zu tolerieren, sondern sogar zu fördern.[34]

Das Gegenteil ist leider häufig der Fall: Selbst frei erfundene Missbrauchs- oder Gewaltvorwürfe, die entkräftet werden konnten, haben für den sie ins Blaue hinein erhebenden Elternteil meist keine negativen Konsequenzen. Hier muss der Gesetzgeber die Regelungen des Gewaltschutzgesetzes überdenken und die Rechtsprechung muss dieses Verhalten als das bewerten, was es ist: Als Ausdruck tiefgreifender Bindungsintoleranz und damit erheblich eingeschränkter Erziehungsfähigkeit.

c) Anordnung von Mediation

Das Familiengericht kann in Deutschland keine obligatorische Mediation anordnen. Es kann in der ersten Instanz nach § 36a FamFG den Beteiligten eine Mediation vorschlagen (Abs. 1 S. 1). Entscheiden sich die Beteiligten für die Mediation, setzt das Gericht das Verfahren aus (Abs. 1 S. 2). Weiter können die Beteiligten nach § 156 Abs. 1 S. 3 FamFG zur Teilnahme an einem kostenfreien Informationstermin verpflichtet werden, bei dem die Eltern sich über die Möglichkeiten der Mediation informieren können. Mediation wird in der Praxis wenig genutzt, da Trennung und Scheidung ohnehin kostspielig sind und die Parteien häufig die zusätzlichen Ausgaben für eine Mediation scheuen. Häufig fehlt einer Konfliktpartei auch die Motivation bzw. der Anreiz (s.o. I.3.).

[34] *Kemal Temizyürek*, Das Stufenmodell der Bindungsfürsorge, ZKJ 2014, 228-231.

d) Betreuungsrealität

Nach den Daten der aktuellen Untersuchung[35] des Instituts für Demoskopie Allensbach sind über drei Viertel der Trennungseltern (77%) überzeugt, dass Mutter und Vater „am besten gemeinsam" erziehen sollten. Über die Hälfte der Trennungseltern (51%) halten es für eine ideale Aufteilung, wenn beide Eltern etwa die Hälfte oder etwas mehr/weniger der Betreuung übernehmen – aber nur 22% leben dieses Ideal. Von den Vätern, die weniger als die Hälfte der Betreuungszeit übernehmen, sind über ein Drittel (35%) mit der Situation unzufrieden.

2. Europarat: Resolution 2079 (2015)

Im Oktober 2015 hat der Europarat eine Resolution[36] mit dem Titel „Equality and shared parental responsibility" erlassen, in welcher er die Mitgliedstaaten auffordert

(1.) *Shared Parenting* als Leitbild in die innerstaatlichen Rechtsordnungen aufzunehmen,[37]

(2.) Mediation zu stärken und

(3.) Interdisziplinäre Zusammenarbeit auf dem Gebiet der kindschaftsrechtlichen Entscheidung im Sinne der sog. Cochemer Praxis zu fördern.[38]

Diesen Aufforderungen sollte der bundesdeutsche Gesetzgeber in der nächsten Legislaturperiode nachkommen.

[35] Institut für Demoskopie Allensbach, Getrennt gemeinsam erziehen, 2017 (https://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_studies/Abach_Trennungseltern_Bericht.pdf).

[36] Parliamentary Assembly, Resolution 2079 (2015) *Equality and shared parental responsibility: the role of fathers* (http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-en.asp?fileid=22220&lang=en).

[37] *„[…] 5.5. introduce into their laws the principle of shared residence following a separation, limiting any exceptions to cases of child abuse or neglect, or domestic violence, with the amount of time for which the child lives with each parent being adjusted according to the child's needs and interests; […]."*

[38] *„[…] 5.9 encourage and, where appropriate, develop* ***mediation*** *within the framework of judicial proceedings in family cases involving children, in particular by instituting a court-ordered mandatory information session, in order to make the parents aware that* ***shared residence*** *may be an appropriate option in the best interests of the child, and to work towards such a solution, by ensuring that mediators receive appropriate training and by encouraging multidisciplinary co-operation based on the* ***‚Cochem model'****."*

3. Konkreter gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf ergibt sich hinsichtlich des gesetzlichen Leitbildes für getrennt erziehende Eltern, für einzelne Normen und in Bezug auf obligatorische Mediation in kindschaftsrechtlichen Verfahren.

a) Leitbild Elternpartnerschaft für Getrennterziehende

Die Entwicklungen in der Gesellschaft, insbesondere die geänderten Rollenbilder von Vätern und Müttern, verlangen nach der Normierung eines rechtlichen **Leitbildes gleichberechtigter und gleichverpflichteter Elternverantwortung** in der Partnerschaft/Ehe und danach. Das Recht muss dort, wo es bisher an das Leitbild der Hausfrauenehe anknüpfte, den Erfordernissen moderner gleichberechtigter Familien angepasst werden: Unterhaltsrecht, Recht der elterlichen Sorge, Umgangsrecht, Sozialrecht, Melderecht, Steuerrecht, Kindergeldrecht, Beamtenrecht etc.

Ein „Leitbild Wechselmodell“ bedeutet nicht „Wechselmodell für alle“. Das ist weder realistisch möglich, noch als „Zwangsmaßnahme“ wünschenswert. Es ist auch nicht Aufgabe des Gesetzgebers, in jedem Einzelfall eine optimierte Betreuungsregelung sicher zu stellen. Dies obliegt in erster Linie – gleichberechtigt! – den sorgeberechtigten Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). Der Staat – hieran muss erinnert werden – hat nur das „Wächteramt“ inne (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG), d.h. ein familiengerichtlicher Eingriff ist nur dann rechtsstaatlich statthaft, wenn eine Kindeswohlgefährdung im Raume steht.

b) Reform der §§ 1671 und 1687 BGB

Durch eine **Reform des § 1671 BGB** muss sichergestellt werden, dass partnerschaftliches Getrennterziehen im Sinne eines Wechselmodells die Regel ist und Betreuung im Residenzmodell eine ggf. vor Gericht zu begründende Ausnahme.

Durch eine **Reform des § 1687 BGB** müssen – zum Wohle der Kinder (!) – die Elternrechte beider getrenntlebender Eltern gewahrt und geschützt werden. Eine Abkehr vom privilegierten „überwiegend betreuenden Elternteil“ ist dringend erforderlich. Sie diskriminiert den quantitativ weniger betreuenden Elternteil durch verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Eingriffe in seine Elternrechte.

c) Obligatorische Mediation

Weiter ist die Etablierung obligatorischer Mediation vor kindschaftsrechtlichen Verfahren umzusetzen. Zur Finanzierung könnte eventuell die Verfahrenskostenhilfe in kindschaftsrechtlichen Verfahren ohne Anwaltszwang entfallen, ebenso ist an die Abschaffung des Instituts des Verfahrensbeistands zu denken, das sich in der Praxis oftmals nicht bewährt. Stattdessen wäre die Etablierung einer niedrigschwelligen unabhängigen Beratungsstelle (Ombudsmann/-frau) für Kinder und Jugendliche, die von Trennung und Scheidung betroffen sind, in Betracht zu ziehen.

IV. Fazit

Die partnerschaftliche Wahrnehmung elterlicher Verantwortung auch nach Trennung/Scheidung muss im Sinne der Europaratsresolution 2079 (2015) zum Leitbild allen staatlichen Handelns in einer kinder- und familienfreundlichen Gesellschaft erhoben werden. Einfachgesetzliche Regelungen, die zu Streitverschärfung und elterlichem Ungleichgewicht führen (allen voran §§ 1671, 1687 BGB) müssen reformiert werden. Getrennterziehende Eltern brauchen mehr Unterstützung und sie brauchen andere Unterstützung, als Alleinerziehende. Dazu gehört neben Beratungsangeboten auch die Einführung obligatorischer Mediation. Obligatorische Mediation hat nur dann eine hohe Erfolgswahrscheinlichkeit, wenn die Eltern gleichberechtigt sind und keiner sich vor Gericht einen „sicheren Sieg“ erhofft. Das rechtliche Leitbild Residenzmodell ist durch ein neues Leitbild Wechselmodell (*Shared Parenting*) abzulösen.

Verzeichnis der Teilnehmer des Workshops

Rechtsanwältin Eva **Becker**, Berlin

Rechtsanwältin Dr. Christa **Bienwald**, Oldenburg

Prof. em. Dr. Werner **Bienwald**, Oldenburg

Prof. em. Dr. Michael **Coester**, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Dagmar **Coester-Waltjen**, LL.M. (Michigan), Georg-August-Universität Göttingen

Richter am Oberlandesgericht Dr. Werner **Dürbeck**, Frankfurt a. M.

Dr. Sarah **Eickelmann** (BMJV), Berlin

Anke **Germerott**, Doktorandin bei Prof. Dr. Schumann, Georg-August-Universität Göttingen

Ministerialrätin Dr. Daniela **Goerdeler** (BMJV), Berlin

Gesa **Güttler**, Mitarb. am Lehrstuhl Lipp, Georg-August-Universität Göttingen

Dr. Lisa Yashodhara **Haller** (MOM-Projekt), Stiftung Universität Hildesheim

Richter am AG Dr. Stephan **Hammer**, z.Zt. Kammergericht Berlin

Laura **Hasse**, Mitarb. am Lehrstuhl Veit, Georg-August-Universität Göttingen

Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Stefan **Heilmann**, Frankfurt a. M.

Prof. Dr. Tobias **Helms**, Philipps-Universität Marburg

Richterin am Kammergericht Heike **Hennemann**, Berlin

Diplom-Psychologe Dr. Heinz **Kindler** (DJI), München

Joachim **Klein**, Mitarb. am Lehrstuhl Schumann, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Dr. h.c. Volker **Lipp**, Georg-August-Universität Göttingen

Dr. Simon **Marchlewski**, Mitarb. am Lehrstuhl Veit, Georg-August-Universität Göttingen

Rechtsanwalt Dr. Fritz R. **Osthold**, Pinneberg

Prof. em. Dr. Ilona **Ostner**, Georg-August-Universität Göttingen

Rechtsanwältin Dr. Lore Maria **Peschel-Gutzeit**, Berlin

Richterin am Oberlandesgericht Dr. Renata **von Pückler** (z. Zt. BMJV), Berlin

Theresa **Richarz** (MOM-Projekt), Stiftung Universität Hildesheim

Prof. Dr. Kirsten **Scheiwe**, Stiftung Universität Hildesheim

Markus **Schmechel**, Mitarb. am Lehrstuhl Schumann, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Eva **Schumann**, Georg-August-Universität Göttingen

Richter am Oberlandesgericht Dr. Alexander **Schwonberg**, Celle

Karina **Seebode** (MOM-Projekt), Mitarb. am Lehrstuhl Schumann, Georg-August-Universität Göttingen

Claudia **Spangenberg,** Mitarb. am Lehrstuhl Schumann, Georg-August-Universität Göttingen

Anja **Timmermann**, Mitarb. am Lehrstuhl Dethloff, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Prof. Dr. Barbara **Veit**, Georg-August-Universität Göttingen

Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Eva **Voßkuhle**, Freiburg i. Br.

Ministerialdirektor Dr. Johannes **Wichard** (BMJV), Berlin

Prof. Dr. Harry **Willekens**, Stiftung Universität Hildesheim

Diplom-Rechtspflegerin Dagmar **Zorn**, Großbeeren

Der vorliegende Band vereinigt die Referate des 15. Göttinger Workshops zum Familienrecht, der am 20. Oktober 2017 in Kooperation mit dem Verbundprojekt „Macht und Ohnmacht der Mutterschaft“ durchgeführt wurde. Insgesamt acht Beiträge beleuchten die derzeit kontrovers geführte Diskussion um das sog. Wechselmodell aus unterschiedlichen Perspektiven: Neben den verfassungsrechtlichen Grundlagen sowie rechtsvergleichenden und interdisziplinären Ansätzen werden auch sämtliche Folgefragen im Unterhalts-, Sozial- und Steuerrecht behandelt. Dabei zeigt sich in aller Deutlichkeit, dass die Defizite in den einschlägigen Gesetzen durch Richterrecht nur teilweise kompensiert und die bestehenden Inkohärenzen nur in Ansätzen behoben werden können. Darüber hinaus werden aber auch gut begründete Vorschläge für eine Reform präsentiert.

Band 22 der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
Die Reihe wird von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität herausgegeben und macht Veranstaltungen an der Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich.



ISBN: 978-3-86395-371-3
eISSN: 2512-6849

Universitätsverlag Göttingen